



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학 박사 학위논문

신탁 성립에 관한 연구
- 성립 요건과 범위를 중심으로 -

2019 년 8 월

서울대학교 대학원

법학과 상법 전공

허 준 석

신탁 성립에 관한 연구

- 성립 요건과 범위를 중심으로 -

지도 교수 노 혁 준

이 논문을 법학박사 학위논문으로 제출함

2019 년 8 월

서울대학교 대학원

법학과 상법전공

허 준 석

허준석의 법학박사 학위논문을 인준함

2019 년 8 월

위 원 장	정 순 섭	(인)
-------	-------	-----

부위원장	송 옥 렬	(인)
------	-------	-----

위 원	이 연 갑	(인)
-----	-------	-----

위 원	이 계 정	(인)
-----	-------	-----

위 원	노 혁 준	(인)
-----	-------	-----

초 록

신탁은 근래 들어 우리법에서 가장 활발히 연구되고 있는 분야 중의 하나이다. 하지만, 실무에서는 기존 금융분야에서의 활용을 제외하면, 일반적인 민사에서의 신탁의 활용은 당초의 예상과는 달리 크게 활성화되어 있다고 보기는 어려울 것이다.

이러한 문제의 근본적인 이유로 두 가지를 추정해볼 수 있다. 우선, 신탁이 우리법 체계에서 어떠한 기능을 담당하고, 어떠한 제도적 의의를 가지고 있는지가 아직 충분히 확인되지 않았기 때문이다. 신탁이 어떠한 특성을 가지고 있고, 어떠한 때에 다른 재산 관리 제도에 비해서 비용 및 기능에 있어서 우위를 가지고 있는지에 대해서 충분한 고찰이 이루어지지 않았다.

두 번째로 보다 근본적인 이유로는 신탁의 성립 범위와 신탁의 성립 요건에 대한 고찰과 경험의 축적이 충분히 이루어지지 않았기 때문이다. 이로 인해, 당사자는 신탁의 성립을 주저하거나 때로는 성립에 실패할 수 있고, 법원 또한 신탁의 실질을 갖춘 법률관계의 확인에 수동적일 수밖에 없다. 특히나, 사채원리금 지급대행계약 사건(대법원 2002. 7. 26. 선고 2000 다 17070 판결)으로 촉발된 묵시 신탁에 대한 논의는 근본적인 신탁의 성립 요건에 대한 발전적 논의로 이어지지는 못하였고, 오히려 일정 부분 신탁의 성립에 대한 불확실성의 우려만을 야기시킨 점이 있다. 이는 비슷한 시기 일본의 공사전도금 사건(最高裁 2002.1.17 第一小法庭判決(民集 56 卷 1 号 20 項))이 일본 학계와 실무의 신탁의 성립에 대한 논의를 촉발시킨 것과는 비교되는 지점이다.

우선 신탁의 성립 범위와 관련하여 논하자면, 우리법에서는 당사자의 설정 의사와 관계없이 법원에 의해서 부가되는 의제신탁은 인정될 수 없다. 그러나, 신탁 설정 의사가 명시적으로 표시되지 않은 묵시 의사신탁은 성립될 수 있다.

목시 신탁과 관련한 중요한 2 가지 문제는 목시 신탁이 다른 법률관계와 경합하는 경우 목시 신탁의 성립을 인정해야만 할 신탁만의 고유한 기능이나 제도적 의의가 있는지 여부와, 그러한 필요성이 인정된다고 할 때 어떠한 요건을 기준으로 목시 신탁을 확인하여야 하는가의 문제이다. 실은 이 두 가지 문제는 상호 연결되어 있다. 신탁이 필요한 상황과 신탁만의 고유한 효과는 신탁의 본질과 연결되어 있고, 목시 신탁을 확인하는 중요한 기준은 해당 법률관계가 신탁의 본질을 갖추고 있는지 여부이기 때문이다.

신탁의 제도적 의의는 신탁 법률관계의 구조와 상황에서 기인한다. 신탁 법률관계에서 대상 재산은 수탁자에게 이전되어 있고, 수익자의 손익은 수탁자의 재량에 맡겨져 있으며, 수익자가 구조적으로 수탁자가 의무위반을 적발, 감독할 수 있는 방법은 한정되어 있다. 이 때 신탁의 고유한 효과인 충실의무는 신탁 관계의 대리인 비용을 낮추고, 신탁 재산의 독립성은 대리인 비용의 감시 비용과 거래 비용을 낮추는 효과가 있다. 이는 다른 재산 관리 제도와 비교하여 신탁만이 가지는 이점이자 제도적 의의라 할 수 있을 것이다. 다만, 신탁 재산의 독립성은 수익자의 위험을 제 3 자인 일반채권자에게 전가하는 문제가 있을 수 있어서, 객관적인 신탁 성립 요건의 중요성이 강조될 수밖에 없다.

신탁의 성립 요건을 확인함에 있어서 가장 중요한 부분은 신탁 재산의 이전이 성립 요건인지 여부와 신탁의 중요한 내용의 확정, 구체적인 내용에 대한 검토일 것이다. 영미 신탁을 참조할 때 신탁 설정 의사, 신탁 재산, 신탁 목적의 확정 요건을 중요 내용으로 상정할 수 있는데, 이때 신탁 재산과 신탁 목적의 확정 요건은 우리 신탁법의 조문과 기존 민법 법률행위 해석에 관한 판례들을 통해서도 충분히 받아들이고 적용할 수 있다. 그리고, 신탁 설정 의사의 확정 또한, 신탁의 다른 법률관계와의 구조적 유사성으로 인한 혼동을 막기 위하여 신탁 성립의 요건으로 요구된다 할 것이다. 그러나, ‘신탁을 설정하고자 하는 의사’를 구체적으로 정의하고, 이를 외부적/사후적으로 확인하는 것은 쉬운 일은 아니다.

목시 신탁의 성립을 확인하기 위해서는 목시적으로 표시된 신탁 설정 의사를 외부적/객관적으로 확인할 수 있어야 한다. 신탁의 고유한 특징은 신탁 재산이 수탁자에게 이전되어 있고, 수탁자의 고유 재산으로부터 분별 관리되고 있어야 한다는 점이다. 이를 신탁 설정 의사의 추정의 중요한 지표로 사용할 수 있다. 이때 주의할 점은 분별 관리의 구체적인 내용이다. 우리 신탁법 또한 제 3 자에 대한 대항요건으로 외부적/표시적 분별 관리를 명시하고 있으나, 신탁 설정 의사의 추정을 위한 요건은 단순한 외부적/표시적 분별 관리가 아니라, 수탁자의 고유 사무로부터 실질적으로 분리되어 있을 것을 요구한다 할 것이다.

신탁 설정 의사의 확정에 있어서 신탁 재산의 분별 관리 여부만으로는 충분하지 않다. 소비임치나 위임에 있어서도 외부적으로는 분별 관리되는 것으로 보일 수 있기 때문이다. 따라서, 앞서 설명하였던 신탁의 고유한 성립 효과이자 본질인 신인관계를 바탕으로 한 수탁자에 대한 신인 의무의 존재와 수익자의 물권적 이익의 존재 여부의 확인을 통해서 신탁 설정 의사를 확인하여야만 할 것이다.

마지막으로 검토해야 할 점은 이러한 목시 신탁의 성립을 통한 비용(문제점)과 이점의 비교이다. 목시 신탁의 성립에 대한 가장 큰 우려는 무분별한 성립으로 인한 제 3 자인 일반채권자의 손해 발생과 관련되어 있다. 그러나, 우리 신탁법은 제 4 조에서 제 3 자에 대한 보호를 명시하고 있다. 따라서, 실제 사례에서 목시 신탁의 성립 여부가 문제가 될 수 있는 경우는 금전 등의 대체 가능 재산이 분별 관리되어 있는 경우뿐이고, 이때 앞서 설명한 설정 의사의 확인을 위한 요건을 적용할 경우에는 제 3 자가 불측의 손해를 입을 경우는 우려보다는 많지 않을 것으로 생각된다.

또한, 목시 신탁은 금융 소비자 보호에서 분명한 이점이 있다. 금융 소비자는 많은 경우 ‘보호 필요성이 큰 신인관계’의 수익자일 가능성이 높다. 따라서, 신중 금융서비스에 대한 규제의 시차로 인해서 법률과 규정이 완비되어 있지 못하더라도, 신탁의 실질을 충족시킨 금융 서비스는

묵시 신탁에 해당하여 신탁의 성립이 인정되고 이를 통해 금융 소비자를 보호해줄 수 있다.

주요어 : 신탁 성립 요건, 신탁 성립 범위, 묵시 신탁, 법정신탁, 의제신탁, 신탁 설정 의사

학 번 : 2010-30362

목차

第一章 서론.....	1
第 1 節 연구의 배경과 목적.....	1
I . 연구의 대상.....	1
1. 신탁의 ‘성립’ (成立)	1
2. 신탁 성립의 ‘범위’(範圍)와 ‘요건’(要件).....	3
가. 범위	3
나. 요건	4
II . 연구의 배경.....	5
1. 신탁 연구와 신탁의 성립.....	5
2. 신탁 성립 범위의 문제점.....	8
가. 신탁 성립의 문제	8
나. 신탁 범위의 문제	11
다. 신탁 성립의 강력한 효과와 엄격한 성립 요건	12
3. 신탁 성립의 범위 연구의 실무적 필요성	14
가. 신탁의 활용을 위한 필요	14
나. 비대등 당사자 간의 계약에서의 신탁	17
III . 연구의 목적.....	19
第 2 節 연구의 범위와 방법.....	20
I . 연구의 범위.....	20
1. 대상 신탁의 범위.....	20
2. 비교 연구 대상 법역	21
3. 기타 연구 대상	23
가. 신탁 용어의 번역(Translation)과 용례(Terminology).24	
나. 신탁의 성질론(性質論)에 대해서	24
II . 연구의 구성.....	24

第 二 章	신탁의 정의와 범위.....	26
第 1 節	서 설.....	26
第 2 節	신탁의 정의.....	28
I .	우리 신탁법상 신탁 정의와 그 한계.....	28
1.	대륙법계에서의 신탁	28
가.	대륙법에서의 신탁 도입 배경과 역사	28
나.	대륙법계 신탁의 정의 요소.....	31
2.	우리 신탁법에서의 신탁의 정의	34
3.	신탁의 구조적 정의의 한계	36
가.	신탁과 유사 법률 관계.....	36
나.	증여와 신탁	39
다.	임치와 신탁	40
라.	위임과 신탁	42
4.	소결: 구조적 정의의 한계	44
II .	영국과 미국의 신탁의 정의	45
1.	신탁 정의와 그 기원	45
가.	신탁 정의의 어려움	45
나.	신탁 기원의 중요성	46
2.	영국 신탁의 정의.....	47
가.	영국 신탁의 기원	47
나.	영국 문헌에서의 신탁의 정의	50
3.	미국 신탁의 정의.....	53
가.	미국 신탁의 역사	53
나.	리스테이트먼트상의 신탁의 정의	54
III .	소결: 신탁의 본질과 본질 요소.....	56
1.	본질(essence)의 정의와 기능	56
2.	신탁의 고유한 본질 요소.....	57
第 3 節	신탁의 범위와 분류.....	59
I .	신탁의 기본적인 분류와 용례.....	59
1.	신탁의 분류	59

가. 분류의 기준들.....	59
나. 신탁 설정의사에 따른 분류.....	61
2. 의사신탁과 법정신탁 그리고, 의제신탁.....	62
가. 의사신탁(Express Trust).....	63
나. 법정신탁(Implied Trust).....	67
II . 우리법에서의 의제신탁의 성립.....	74
1. 의제신탁 도입에 대한 논의.....	74
2. 의제신탁의 정의.....	77
가. 의제신탁에서의 의제(Constructive)의 의미.....	77
나. 의제신탁: 의사신탁이 아닌 신탁.....	78
3. 의제신탁의 성립요건과 효과.....	80
가. 성립 요건.....	80
나. 성립 효과.....	80
4. 소결: 우리법에서의 의제신탁 성립.....	82
III . 의제신탁 개별 유형의 도입 검토.....	83
1. 개별 유형 중심 접근의 필요성.....	83
2. 개별 유형 논의의 한계.....	85
3. 사례 예시: 부당이득 금전에 대한 원권리자의 우선권 보장.....	89
가. 우리법에서의 문제점.....	89
나. 의제신탁 성립의 효과.....	90
다. 도입 논의의 한계: 형평법상 추급권의 부재.....	91
라. 개별 사례: 착오송금 사례.....	92
4. 소결: 의제신탁 개별 유형 도입론의 한계.....	96
IV . 의사신탁의 경계로서 의제신탁.....	97
1. 의제신탁과 의사신탁 경계의 모호성.....	97
2. 의제신탁과 의사신탁의 역사적 관계.....	101
가. 의제신탁의 기원: 의사신탁과의 분화.....	101
나. 의제신탁의 형평적 결과 추구.....	106
3. 소결: 의사신탁과 의제신탁의 구별 기준.....	107
V . 소결: 우리 신탁법의 성립 범위.....	108
第 4 節 소 결.....	109

第 三 章	신탁의 경제학적 효용.....	110
第 1 節	서론.....	110
I .	신탁의 제도적 의의에 대한 논의의 필요성	110
II .	기존의 논의들.....	111
III .	본인-대리인 모델	113
第 2 節	신탁과 대리인 비용.....	115
I .	신탁법의 성격.....	115
1.	신탁법의 성격에 대한 논의	115
2.	계약으로서의 신탁	117
3.	조직법제로서의 신탁법	118
4.	법률과 대리인비용	119
II .	신탁에 해당하는 법률관계의 성질: 신인관계.....	121
1.	우리나라에서의 신탁의 한정된 활용	121
2.	신인관계로서의 신탁	122
가.	신인관계 검토의 필요성	122
나.	신인관계의 정의와 범위	123
다.	신인관계의 정의 요소와 성질	124
3.	신인관계로서의 신탁 법률관계의 성질.....	125
III .	우리나라에서의 신탁 법률관계의 대리인 비용	126
第 3 節	신탁 성립의 효과와 그 기능.....	128
I .	서설.....	128
II .	수탁자 의무 부과	129
1.	수탁자 의무의 특징	129
가.	원칙중심 구조.....	129
나.	임의규정성	130
2.	충실의무(duty of loyalty)와 대리인 비용.....	131
가.	충실의무의 정의	131
나.	신탁 충실의무의 독자성	134
다.	우리 신탁법의 충실의무	135
라.	충실의무의 효과	138

다. 소결: 배임죄와 충실의무	144
3. 관리의무(duty of care)의 양면적 기능	146
가. 관리의무와 관리기준	146
나. 우리 신탁법의 선행의무	147
다. 관리의무의 기준	150
라. 소결: 관리 의무 기준의 중요성	158
4. 소결: 수탁자 의무의 기능	159
III . 신탁재산의 독립성	161
1. 신탁재산의 독립성의 중요성	161
2. 신탁재산 도산격리	162
가. 도산 격리의 근거에 대한 논의	162
나. 우리 신탁법의 신탁재산의 독립성에 대한 규정	164
다. 도산격리의 의의	166
라. 소결: 묵시 의사신탁에서의 문제	170
3. 추급권: 기능과 우리 신탁법 상의 한계	171
가. 추급권(tracing)의 정의와 기능	172
나. 형평법상 추급권과 보통법상 추급권	174
다. 우리 신탁법에서의 추급권의 한계	176
IV . 소결: 우리 신탁법상 신탁의 성립 효과의 한계	180
第 4 節 소 결: 신탁의 의의	181
1. 신탁법의 개입	181
2. 신탁 성립의 비용 감소 효과	181
3. 명시/묵시 신탁에서의 차이	183
 第 四 章 신탁의 성립 요건과 신탁 설정 의사	185
第 1 節 서 론	185
第 2 節 신탁 성립 요건 총설	187
I . 신탁의 성립 요건	187
1. 우리법에서의 성립요건의 일반론	187
가. 법률행위의 성립요건	187

나. 계약의 성립요건	189
2. 의사신탁의 성립요건의 정의	191
가. 의사신탁 성립 요건의 문제	191
나. 영미 신탁의 성립 요건	192
II . 의사신탁 설정 방법과 형식	195
1. 영미 신탁의 설정 방법과 형식의 요건	195
가. 설정 행위와 방법: 신탁재산의 이전	195
나. 유효한 신탁재산 이전의 요건	198
다. 신탁 설정의 형식 요건	200
라. 소 결: 신탁재산 이전과 성립 요건	201
2. 우리 신탁법의 설정 방법과 형식	202
가. 설정 행위와 방법: 계약	202
나. 신탁재산 이전의 성립 요건 여부	203
다. 신탁 설정 형식	211
III . 소결	215
第 3 節 신탁 계약의 중요 내용의 확정	215
I . 신탁의 중요 내용	215
1. 성립요건으로서 중요 내용의 확정	216
2. 영국 신탁에서의 중요내용의 확정	216
II . 세 가지 필수요소의 확정성	218
1. 정의와 유래	218
2. 신탁재산의 특정	221
가. 대상 특정(certainty of subject)의 정의	221
나. 위탁자의 다른 재산과의 구별	223
다. 수탁자의 고유재산과의 구별	227
3. 수익자의 확정(신탁 목적의 확정)	229
4. 미국 신탁에서의 세 가지 필수요소 확정성	230
5. ‘세 가지 필수요소의 확정성’ 이해의 주의점	232
가. 한계	232
나. 시대에 따른 변화: 원칙과 예외	233
다. 필수요소 간의 상호 연관성	234

III .	우리 신탁법에서의 신탁 성립을 위한 중요 내용	234
1.	신탁법 제 2 조의 주요 내용	234
2.	신탁 재산의 특정	235
3.	수익자의 확정(신탁 목적의 확정)	238
IV .	소결	239
第 4 節	신탁 설정 의사	239
I .	신탁 설정 의사의 정의와 요부	239
1.	우리 신탁법에서의 신탁 설정 의사 요부	240
가.	기존의 논의	240
나.	민법을 통한 판단	241
다.	신탁 설정 의사 확인의 필요성	242
2.	신탁 설정 의사의 정의	246
가.	신탁 설정 의사 정의의 문제	246
나.	설정 의사(Intention to create)의 의미	248
다.	영국 계약법에서의 ‘설정 의사’	250
라.	신탁 설정 의사의 정의와 본질	251
3.	소 결	253
II .	신탁 설정 의사에 대한 확인	254
1.	신탁 설정 의사의 해석	254
2.	신탁 설정 의사의 표현과 확인	255
가.	설정 의사 확인 방법	255
나.	신탁 설정 의사의 경계 확인	257
第 5 節	소 결: 설정 의사의 확인과 묵시 신탁	264
第 五 章	묵시 신탁의 객관적 지표	265
第 1 節	서설: 객관적 지표	265
I .	객관적 지표의 필요성	265
II .	객관적 지표의 요건과 검토 대상	267
1.	객관적 지표의 요건	267
2.	검토 대상	268

가. 신탁법의 정의요소.....	268
나. 신탁의 본질 요소	270
3. 지표에 대한 검토 방법	272
第 2 節 객관적 지표 1: 분별관리 의무.....	274
I. 신탁재산 특징과 분별관리	274
1. 신탁 재산의 분별관리 의무(seggregation).....	274
가. 분별관리의 정의	274
나. 분별관리의 방법	276
2. 우리 신탁법의 분별관리에 대한 논의	278
II. 객관적 지표로서의 분별관리 의무	280
1. 객관적 지표로서의 특징	280
2. 분별관리 의무를 통한 신탁 설정의사 추정.....	282
가. 분별관리 여부와와 신탁 설정 의사 추정의 관계.....	283
나. 관련 주요 판례.....	285
다. 분별관리 불요: 주식.....	291
라. 관련 주요 판례(영국)	292
마. 주요 관련 판례(미국)	298
3. 분별관리의 구체적 내용: 금전 계좌를 중심으로.....	299
가. 실질적 분별관리	299
나. 신탁 성립이 문제가 되는 재산의 종류: 금전.....	300
다. 분별관리의 확인 기준	301
라. 관련 주요 판례(영국)	302
마. 주요 관련 판례(미국).....	313
III. 우리 신탁법에의 적용.....	317
1. 분별관리를 통한 신탁 설정 의사의 추정	317
2. 지표인 분별관리 의무의 구체적 내용	318
第 3 節 객관적 지표 2: 신인관계와 수익자의 물권적 이익.....	321
I. 신탁 설정 의사의 확인.....	321
1. 신탁 설정 의사의 확인의 필요성	321
2. 신인관계•충실의무의 존재	323
가. 지표의 의의	323

나. 지표의 내용과 예시	325
3. 수익자의 물권적 이익 존재	328
가. 지표의 의의	328
나. 지표의 내용과 예시	330
II. 관련 주요 판례	331
III. 우리 신탁법에의 적용	334
1. 신인관계·신인의무의 존재	335
2. 수익자의 물권적 이익의 존재	337
IV. 소 결	338
第 4 節 지표 적용 및 확인	338
I. 유사 법률관계와의 구별	339
1. 신탁과 유사 법률관계	339
2. 증여, 부담부 증여와의 구별	339
3. 임치, 소비 임치와의 구별	341
4. 위임, 간접대리와의 구별	342
II. 주요 판례에 대한 적용	342
1. 사채원리금 지급대행계약 사건	343
가. 사실 관계와 법원의 판단	343
나. 기존의 논의	344
다. 목시 신탁의 확인	345
2. 공사전도금 사건	348
가. 사실 관계와 법원의 판단	348
나. 기존의 논의	350
다. 목시 신탁의 확인	351
3. 소결 : 판례에 대한 평가	353
第 5 節 소결	355

第 六 章 목시 신탁의 위험과 그 이점.....355

第 1 節 서 설.....355

1. 목시 신탁에 대한 우려.....355

2.	목시 신탁과 금융 소비자 보호	356
第 2 節	목시 신탁으로 인한 위험의 범위	356
I.	대상 재산의 분별관리 여부에 따른 한정	356
1.	부동산을 신탁재산으로 하는 목시 의사신탁	356
가.	사안의 분류	357
나.	신탁 등기가 경료된 부동산	358
다.	신탁은 설정하였지만 등기가 경료되지 않은 부동산	359
라.	문서도 없고 등기도 되지 않은 부동산	359
마.	소결: 등기를 통한 위험의 관리	360
2.	금전을 신탁재산으로 하는 목시 의사신탁	361
II.	목시 신탁의 성립 범위 한정	362
1.	고유사무로부터의 분별관리 여부	362
2.	신인관계 및 수탁자의 물권적 이익의 존재 확인	362
III.	소 결: 위험의 한정	365
第 3 節	금융 소비자보호와 목시 신탁	365
I.	신탁을 통한 금융 소비자보호	365
1.	금융과 신탁	366
2.	투자자 보호 수단으로서의 신탁	368
3.	금융 거래 당사자들 간의 불균형	370
4.	신탁을 이용한 금융소비자 보호	371
II.	신탁을 통한 보호 범위	372
1.	개별적/포괄적 신탁의 적용	372
2.	자본시장법상 투자예탁금 보호 장치	372
가.	자본시장법 제 74 조: 투자매매업, 투자중개업	372
나.	자본시장법 제 177 조의 8: 온라인소액투자중개업자	376
3.	제네바 증권협약(Geneva Securities Convention)	378
4.	영국의 투자자 보호	379
가.	FCA 의 접근 방법	379
나.	투자자 자산 관련 규정집(CASS)	381
다.	신탁의 적극적인 활용	382

III .	소 결: 포괄적 규정의 대안으로서 묵시 신탁.....	383
第 4 節	활용 예제: P2P 대출중개 사례 적용	385
I .	P2P 대출중개의 정의.....	385
II .	P2P 대출중개의 위험.....	386
	1. 차입자의 부도 위험	387
	2. 플랫폼업체의 부도 위험	388
III .	투자자 보호.....	388
	1. 영국의 보호 방식.....	388
	2. 우리나라의 대응과 그 한계	389
IV .	원리금수취권매입형 구조의 문제.....	390
	1. 직접 대출 구조의 법규상 불가능	391
	2. 대부업체의 부도 위험	392
	3. 대출채권의 양도 불가.....	393
	4. 원리금의 매매	395
V .	묵시 의사신탁의 적용.....	396
	1. 투자자 보호의 필요성	396
	2. 신탁의 효과	396
	3. 묵시적 의사신탁의 성립 요건 충족 여부	397
	가. 원리금수취권매입형의 P2P 대출중개 구조.....	397
	나. 영국 신탁 요건의 충족 여부	398
	다. 우리 신탁법상 신탁 성립 여부	402
第 5 節	소결: 묵시 의사신탁과 금융 소비자 보호.....	402
I .	신중 거래에 대한 적용: 가상통화거래소	402
II .	묵시 의사신탁의 가능성과 향후의 논의	404
第 七 章	결 론.....	405
	참고문헌.....	409
	Abstract.....	425

第 一 章 서 론

第 1 節 연구의 배경과 목적

I. 연구의 대상

1. 신탁의 ‘성립’ (成立)

근래에 이루어진, 신탁과 관련하여 가장 의미 있는 판결로는 2000 년 대 비슷한 시기의 우리나라의 사채원리금 지급대행계약 사건¹과 일본의 공사전도금 사건²을 꼽을 수 있을 것이다. 해당 판결에서 법원은 당사자들이 ‘신탁’이라는 용어를 사용하지 않았음에도 당사자들의 법률행위에 대한 해석을 통해서 ‘제 3 자를 위한 계약이 아닌 신탁의 성립’을 확인하였다. 이러한, 판결은 두 가지 사실을 전제로 한다. 첫 번째로는 ‘신탁’이라는 명시적인 용어의 사용이 없더라도 신탁의 성립 요건을 충족시킨다면 신탁은 성립할 수 있다는 것이고, 두 번째는 신탁의 성립요건을 통해서 신탁이 아닌 제 3 자를 위한 계약 등과 같은 법률행위나 관계로부터 신탁을 구별할 수 있다는 것이다. 그리고, 이는 신탁의 활용과 적용에 있어서 매우 큰 의미를 가진다.

본 논문은 신탁의 성립(成立)에 대하여 연구한다. 이를 위해서 우선 ‘신탁 성립’의 의미와 연구 대상 범위를 확인하는 것이 필요하다.

‘신탁’이란 ‘특정 목적 또는 수익자를 위해 특정 재산에 관하여 수탁자에게 부과되는 의무’ 또는 ‘그 의무를 부과하는 관계’라고 설명할 수 있

¹ 대법원 2002. 7. 26. 선고 2000 다 17070 판결

² 最高裁 2002.1.17 第一小法庭判決(民集 56 卷 1 号 20 項)

다.³ 그리고, 성립(成立)은 일이나 관계 따위가 제대로 이루어지는 것을 의미하며,⁴ 법률행위의 성립은 ‘해당 법률행위라고 할 수 있을 만한 것이 있는 상태’를 의미한다고 한다.^{5,6}

성립은 당사자의 의사를 통해서 주체적으로 신탁을 만드는 ‘설정’(設定, create)⁷을 통한 성립을 포괄하는 개념이다. 신탁은 당사자의 의사에 의한 설정에 의해서만 유효하게 구성될 수 있는 것이 아니라, 당사자의 의사와 상관없이 법에 의해서 성립될 수 있고(제정법신탁, statute trust), 영미 신탁의 경우에는 법원의 판단에 의해서 성립될 수도 있다(의제신탁,

³ 신탁의 정의는 제 2 장 제 2 절에서 설명하도록 한다. 상기 내용은 거의 모든 주요 신탁 문헌에서 공통된 설명이다. JONATHAN GARTON ET AL., MOFFAT’S TRUSTS LAW TEXT AND MATERIALS (Sixth Edit ed. 2015); ALASTAIR HUDSON, EQUITY AND TRUSTS (9 edition ed. 2016); BEN MCFARLANE & CHARLES MITCHELL, HAYTON & MARSHALL: COMMENTARY & CASES ON THE LAW OF TRUSTS & EQUITABLE REMEDIES (14, Kindle ed. 2015).

⁴ 국립국어원 표준국어대사전, http://stdweb2.korean.go.kr/search/List_dic.jsp

⁵ 박윤직, 김재형, 민법총칙: 민법강의 I (9th ed. 2013). 260 면

⁶ 뒤에서 살펴보겠지만, ‘해당 법률행위라고 할 수 있을 만한 것이 있는 상태’라는 것은 실무적으로는 ‘다른 법률행위가 아닌 해당 법률행위가 있는 것’이라는 상대적인 의미를 가진다. 예를 들면, 매매계약이 성립하였다는 것은 ‘매매계약이라 할 수 있을 만한 것이 있는 상태’를 의미하지만, 실무적으로는 ‘임대나 증여가 아닌 매매를 위한 계약이 성립’하였다는 것이 더 중요하다. 실무에서 자주 문제가 되는 ‘자금의 투자’인지 ‘자금을 빌려준 것’인지 사례를 생각해보면 쉽게 알 수 있다.

⁷ 영미 문헌에서는 당사자가 신탁 관계를 창설할 의사로 신탁 관계를 만드는 것을 ‘create’라고 주로 표현하고 있으며, 일본 문헌에서는 이에 대응하는 용어로 주로 ‘設定’이라는 용어를 사용하고 있다. 본 논문에서도 당사자의 의사에 따른 신탁 관계 창설의 경우 ‘설정’이라는 용어를 사용하도록 한다. 상기 용어에 대한 예로는 RESTATEMENT (THIRD) OF TRUST, 401.; 四宮和夫, 信託法 (新版 ed. 1989). at 83

constructive trust). 그러므로 ‘신탁의 성립’은 당사자의 설정행위나 법률 또는 법원의 판단에 의해 성립되는 것을 포괄적으로 의미하며, 이러한 성립 여부에 대한 판단은 일정부분 법원의 법률행위 해석을 통한 사후적 판단의 성격을 지니고 있다.

이를 종합하면, 신탁이 성립되었다는 의미는 ‘특정 목적이나 수익자를 위해 특정 재산에 관하여 수탁자에게 의무를 부과하는 관계’가 ‘유효하게 구성되어 있다는 것’을 의미하고, 이는 이러한 신탁의 성립이 법원의 사후적인 법률행위 해석을 통해서 다른 법률행위의 성립으로부터 구별될 수 있다는 것을 전제로 한다.

2. 신탁 성립의 ‘범위’(範圍)와 ‘요건’(要件)

가. 범위

신탁 성립 범위에 대한 논의를 넓게 보자면, 우리 신탁법에서 수동신탁의 성립이 가능한지, 채무만을 재산으로 하는 신탁의 성립이 가능한지, 위탁자와 수탁자가 동일한 경우인 신탁선언을 통한 신탁의 성립이 가능한지 등에 대한 논의들도 포괄할 수 있다.

하지만, 본 연구에서는 우리 신탁법이 신탁 설정의 기초적인 방법으로 상정하고 있는 계약을 통한 신탁 설정과 관련하여 의미를 가지는 신탁 성립 범위를 중심으로 연구를 진행하도록 한다. 즉, 기본적인 신탁의 성립 요건을 확인하고, 이러한 요건 중 특정 요건이 충족되지 않은 경우에도 성립할 수 있는 신탁이 있는지, 있다면 우리법에서 어떠한 때 성립하는 것인지에 대한 문제를 중심으로 논하도록 한다. 이는 신탁의 범위를 확인하는 것이며, 동시에 신탁 성립 요건의 구체적인 의미와 경계선을 확인하기 위한 것이기도 하다.

영국, 미국 신탁을 기준으로 보면 신탁이 성립되는 경우는 크게 2 가지로 나누어진다. 하나는 당사자들이 신탁을 설정할 의사(Intention to create Trust)를 가지고 설정(Create)한 신탁인 의사신탁(Express Trust)이고, 다른 하나는 당사자들의 신탁 설정 의사와 상관없이(irrelevant) 제정법이나 법원의 판단에 의해서 부과되어(imposed, imputed) 성립하는 법정신탁(Implied Trust, Imputed Trust)이다.⁸

이러한 신탁 성립의 범위와 관련하여, 의사신탁에서는 당사자의 신탁을 설정하고자 하는 의사가 묵시적으로 표시된 묵시 의사신탁의 성립에 관한 판단 및 그 의의를, 법정신탁에서는 법원의 판단에 의해서 부과되는 의제신탁(Constructive Trust)이 우리 신탁법에서 갖는 의미와 한계를 논의하는 것이 필요할 것이다.

나. 요건

신탁 성립의 요건은 광의로는 ‘신탁을 유효하게 설정하는 방법’(Methods of Creating Trust⁹)과 ‘유효한 설정을 위한 요건’(Requirements for creation)을 모두 포함하는 의미인데, 전자는 주로 당사자의 의사에 의해서 설정되는 의사신탁의 설정방법을 의미한다.

우리 신탁법은 신탁의 설정방법으로 계약, 유언, 신탁 선언을 열거하고 있다. 신탁 설정의 방법과 관련해서는 주로 위탁자가 자기 자신을 수탁자로 임명하는 신탁선언 신탁의 가능 여부에 대한 논의가 의미있을 수 있으나, 이는 우리 개정 신탁법에서는 입법으로 해결되었다. 따라서 본 논문에서는 주로 신탁 설정의 요건과 관련하여 계약을 통한 신탁 설정 방식의 특징과 의미를 중심으로 논의하도록 한다.

⁸ 각 신탁의 정의와 용례는 제 2 장 3 절에서 설명하도록 한다.

⁹ 미국 Uniform Trust Code 의 용례를 따름

협회의 신탁 성립의 요건인 ‘유효한 설정을 위한 요건’(Requirements for creation)은 적합한 신탁 설정 방법에 따라 설정되는 신탁이 유효하게(is valid) 구성되기 위해서 갖추어야 하는 조건들을 의미한다.¹⁰

우리 신탁법에서 의사신탁의 성립 요건(설정 요건)과 관련된 조항으로 는 주로 제 2 조 정의 조항이 거론되고 있는데, 이러한 성립 요건과 관련한 논의에서 주요 대상은 해당 조문의 명문의 범위를 벗어난 다른 성립 요건이 존재하는지, 특히 묵시 의사신탁과 관련하여, 당사자가 설정하고자 한 법률관계가 어떠한 요건을 갖추고 있어야 신탁의 본질(本質, essence)¹¹ 을 갖추고 있다고 평가할 수 있는지에 대한 기준을 확인하는 문제다.

II. 연구의 배경

1. 신탁 연구와 신탁의 성립

우리법은 영미 신탁의 도입을 통해 자산의 투자/운용에 있어서 보다 다양한 수요를 채워줄 수 있는 금융상품을 제공해 줄 수 있을 것으로 기

¹⁰ 일반적으로 법률행위의 성립요건은 해당 법률행위라고 할 수 있을 만한 것이 있기 위한 요건을 의미하고, 효력요건(유효요건)은 이미 성립한 법률행위가 법률상 효력을 발생하는 데에 필요한 요건을 의미한다. 박윤직, 김재형, *전제서* 5. 259-260 면; 그러나, 실제 법률행위의 해석에 해당 요건이 성립요건인지 효력요건인지 구별하는 것은 쉽지 않은 일이며, 특정 요건이 성립요건인지 효력요건인지에 대해서 학설이나 판례가 일관되는 것도 아니다. 또한, 두 요건의 구별에 따른 효과의 실익에 있어서는 증명책임이 누구에게 있는 것인가를 제외하고는 다른 큰 차이가 있다고 보기는 어렵다. 김재형, *法律行爲 內容의 確定과 그 基準*, 41 서울대학교 法學 241-257 (2000). 242-243 면

¹¹ ‘신탁의 본질(本質)’의 의미에 대해서는 제 2 장 제 2 절 III 에서 설명하도록 한다.

대하였다. 또한, 장애인 자녀의 생활 보조나 세대를 넘는 연속적인 자산 관리 등의 영역에서 기존의 유연하지 않은 법체계의 한계를 넘어선 보다 효율적이고 다양한 방법을 제시할 수 있을 것이라고 기대해왔다.

이러한 기대와 같은 목적을 충족시키기 위해서 2011 년 신탁법의 전면적인 개정이 이루어졌다. 하지만 적지 않은 시간이 지나는 동안 일정 부분 신탁 활용도가 높아진 것도 사실이지만, 개정에 앞서 기대했던 다양한 민사 신탁의 활용이나 다양한 신탁 서비스의 등장은 아직은 충분히 이루어졌다고 평가하기는 어려울 것이다.¹²

일본과 한국 양국이 동일하게 신탁 도입과 활용을 위한 연구에서 먼저 주목한 부분은 ‘대륙법에서의 신탁은 마치 물에 뜬 기름 같다.’, ‘근본적으로 형평이 없는 신탁(trust without equity)이라는 말 자체가 모순이다’라는 경구들이 시사하는, 형평법이 없는 대륙법상 신탁의 의미와 효과에 대한 연구였으며, 이에 대해서는 일정부분 괄목한 만한 성과를 이루었다.

이러한 연구는 신탁이 성립된 이후의 당사자들의 지위와 권리관계, 신탁재산의 성질 등 신탁 성립의 효과를 중심으로 이루어졌고, 그 이전 단계인 신탁의 성립과정 자체에 대해서는 상대적으로 많은 관심이 모아지지 않는 못했다.

이는 일본과 마찬가지로 경제적·금융적 목적으로 신탁을 계수한 우리나라의 경우 금융기관을 중심으로 하는 계약을 통한 신탁의 설정만을 위주로 신탁을 인식하고 있었기 때문인 것으로 추측된다.¹³

¹² 동지의 논의로 김영도, 국내 신탁서비스의 활성화를 위한 정책방향, 27 금융브리프 3 (2018).

¹³ 이는 우리나라만의 상황은 아니고, 일본을 비롯한 동아시아 국가에서 공통적으로 나타나는 현상이다. 가족법과 민사를 중심으로 발달한 영미의 신탁과 달리 동아시아의 신탁은 거꾸로 부동산 담보 신탁과 금융거래를 위한 신탁을 중심으로 도입·발전하여, 최근 가족법과 민사신탁 쪽으로 관심을 확대하고 있다.

신탁이라는 법률관계를 숙지하고 있는 전문가들은 신탁을 설정하고자 하는 의사를 명시적으로 표시한 법률행위만을 상정하기 마련이므로 당사자들이 신탁의 성립에 실패하거나 다른 법률관계와 신탁을 혼동하는 경우가 발생할 것을 예상하기는 쉽지 않다. 이에 따라 신탁의 성립 범위와 요건에 대한 논의의 필요성을 인지하기 어려울 수 있다.

그러나, 이와 같은 신탁의 성립 문제의 중요성에 대한 불충분한 인식은 실제로는 아직 신탁의 충분한 사례가 축적되지 않았기 때문일 뿐이다. 신탁이 적극적으로 활용되고 있는 영미의 관점에서는 신탁은 근본적으로 전문적인 금융기관과 변호사들조차도 성립을 혼동하거나 그 성립에 이르는 데에 실패할 여지가 많은 어려운 법률관계이다.¹⁴ 또한, 유효한 신탁의 성립 여부는 당사자들에게 항상 매우 중요한 문제일 수밖에 없다. 주지하듯이 신탁은 수탁자의 파산 상황에서 수익자에게 다른 일반 채권자들에 비해 상대적으로 강력한 보호를 제공한다.¹⁵ 이러한 신탁의 강력한 성립 효과로 인해서 2008 년의 Lehman Brothers 사태와 같은 대규모 금융기관의 파산 상황에서는 유효한 신탁이 성립하였는지,¹⁶ 어떠한 재산까지 신탁 재산에 속하는지는 당해 파산에 관련된 모든 당사자와 채권자들에게 가장 중요한 문제일 수밖에 없다.¹⁷

이에 따라 영미에서 신탁의 성립 여부에 대한 문제는 항상 주요한 논의의 대상일 수밖에 없었다.

민사 분야에서 신탁 활용범위의 확대를 목표로 하고 있는 우리나라에서도 이와 같은 신탁의 성립과 관련된 문제들이 발생할 수 있는지, 발생

Masayuki Tamaruya, *JAPANESE LAW AND THE GLOBAL DIFFUSION OF TRUST AND FIDUCIARY LAW*, 103 IOWA LAW REV. at 2260-2261

¹⁴ 예로는 *Don King Productions Inc v Warren and Others*: ChD 13 Apr 1998; *Neste Oy v Lloyds Bank Plc*, 1983 WL 215159 (1983)

¹⁵ 신탁재산의 독립성에 대해서는 ‘제 3 장 제 3 절 III.’ 에서 설명하도록 한다.

¹⁶ *Re Lehman Brothers International (Europe)* [2012] UKSC 6

¹⁷ ALASTAIR HUDSON, *GREAT DEBATES IN EQUITY AND TRUSTS* (2014). at 73-75

한다면 현재의 신탁법 조문의 문리적 해석만으로 해결할 수 있는 문제인지, 그렇지 않다면 어떠한 기준으로 이를 해결할 것인지에 대한 검토가 이루어져야 할 것이다.

2. 신탁 성립 범위의 문제점

가. 신탁 성립의 문제

(1) 신탁과 신탁 유사 법률관계의 구별

신탁이 성립하였다는 것은 다른 법률관계가 아닌 신탁이 구성되었다는 의미이고, 이는 신탁과 신탁이 아닌 다른 법률관계가 구별될 수 있다는 것을 전제로 한다. 하지만, 이러한 신탁과 신탁이 아닌 다른 법률관계의 구별은 짐작만큼 용이한 일은 아니다.

우리 신탁법은 신탁의 설정을 위하여 ‘신탁’이라는 용어를 명시적으로 사용할 것을 요구하고 있지 않다. 대법원은 법률행위의 의사표시에 있어서 법이 일정한 방식을 요구하지 않으면 묵시적 의사표시도 가능하다고 판시하고 있으며,¹⁸ 법률행위의 해석에 있어서 형식적인 문구에만 얽매어서는 아니 되고 쌍방 당사자의 진정한 의사가 무엇인가를 탐구하여야

¹⁸ 예로 ‘이러한 보증의 위임에는 일정한 방식이 요구되지 아니하므로 그 의사표시는 명시적인 경우는 물론 묵시적으로도 이루어질 수 있다.’는 대법원 2017. 7. 18. 선고 2017 다 206922 판결이 있다. 계약의 묵시적 합의 해지에 관해서는 대법원 2003. 1. 24. 선고 2000 다 5336 판결 참조

한다고 판시하고 있다.¹⁹ 따라서, 신탁의 성립과 ‘신탁’이라는 용어의 사용 여부는 절대적인 상관 관계가 있는 것은 아니다.²⁰

당사자가 ‘신탁’이라는 용어를 사용하지 않았더라도 그 의도한 법률행위가 신탁의 설정에 해당한다면 신탁이 성립하는 것이고, 이와 반대로 신탁이라는 용어가 사용되지 않았거나 당사자가 신탁이라는 법률개념을 인식하고 있지 않았다고 하더라도 해당 법률행위의 실질이 신탁에 해당한다면 신탁이 성립할 수 있는 것이다.²¹

신탁의 성립에 특정한 요건을 요구하는 경우에는 위와 같은 신탁 성립 여부에 대한 확인의 어려움이 줄어든다. 예를 들어, 우리 신탁법 제 3 조 제 1 항 제 3 호의 신탁선언에 의한 신탁의 경우에는 동조 제 2 항에서 공정증서(公正證書)를 작성하는 것을 요건으로 하고 있고, 담보부사채신탁법 제12조는 담보부사채 신탁 계약은 신탁증서에 의하여 체결하여야 한다고 규정하고 있다. 이와 같은 경우에는 당사자의 법률행위로 인하여 신탁이 성립되었는지 여부를 확인하는 법률행위의 해석문제, 성립된 신탁의 성질 결정의 문제 등이 발생할 가능성이 높지 않다.

그러나, 동조 제 1 항 계약에 의한 성립과 제 2 항 유언에 의한 성립의 경우 당사자의 의사표시가 명확하지 않거나, 계약의 경우 그 내용이 명확하지 않을 경우에는 신탁의 성립 여부 확인을 위한 법률행위 해석과

¹⁹ 大判 93. 10. 26, 93 다 2629.2636(公 1993, 3136); 大判 92. 11. 23, 92 다 31514(公 1993, 239); 大判 96. 8. 20, 90 다 19581.19589(公 1996, 2792). 남효순, *법률행위의 해석의 쟁점 -법률행위해석의 본질 및 방법에 관하여-*, 41 서울대학교 法學 146-171 (2000). 151 면

²⁰ 이는 제 2 장 3 절과 제 4 장 4 절의 IV 에서 설명하도록 한다.

²¹ HUDSON, *supra* note 3.

신탁의 성질 결정의 문제가 발생할 가능성이 있고, 이에 관한 기준이 명확하지 않을 경우 분쟁이 초래될 수 있다.²²

그렇다면 당사자들의 특정 단어를 통한 의사표시 없이 특정 법률관계의 설정을 의도한 법률행위의 외부적·구조적 특징을 통해서 신탁과 신탁이 아닌 법률관계를 구별할 수 있어야 하지만, 이 또한 신탁의 유연하고 단순한 구조 때문에 용이하지 않다.

(2) 신탁의 구조적 단순성과 유사성

Maitland 에 따르면 신탁이란 ‘법학의 영역에 있어서 영국인이 만든 가장 위대하고 특별한 성과’이고, ‘계약’(Contract)과 같이 유연하고 보편성을 가진 ‘기구’(Institute)다.²³

이러한 신탁의 특별함은 신탁관계가 복잡하거나 그것이 특정한 목적만을 추구하기 때문이 아니다. 오히려 신탁의 유연함이나 보편성은 신탁이 구조적으로는 단순히 ‘수탁자를 믿고 재산을 맡기는 구조’²⁴(기구)일 뿐이라는 점에 기인한다.

상속, 공동자산의 관리, 업무위탁, 금융거래대행 등 그 어떠한 목적을 위한 것이라도 신탁은 성립되고 이용될 수 있다. 부모가 자식의 재산을 대신 관리하는 것도, 원거리에 있는 친구를 대신해서 물건을 구입하는 것도, 안전한 대금지급을 위해 지급대행 업무를 은행에 위탁하는 것도, 그것이 ‘신뢰하고 재산을 맡기는 구조’이기만 하다면 신탁에 해당할 가능성이 있는 것이다.

²² 이와 같은 문제는 현행 일본 신탁법에서도 거의 그대로 발생하게 된다. 동지의 논의로 七戸克彦, 信託法上の信託か, 信託類似の他の法律関係か: 『信託』概念の全容と信託の成立認定, 82 法學研究 711-788 (2009). at 711-712

²³ F. W. Maitland, Selected historical essays of F. W. Maitland: chosen and introduced. by Helen M. Cam, 1962

²⁴ 神田秀樹 & 折原 誠, 信託法講義 (2014). at 3

신탁은 다양한 형태로 존재하고 그러한 신탁의 구조는 다른 법률관계와 적지 않은 경우 형태적인 유사성을 가지고 있어서, 신탁들 간의 유사성 보다는 오히려 신탁과 다른 법률관계의 유사성이 큰 경우도 적지 않다.²⁵ 이러한 이유로 특정한 법률관계가 신탁에 해당하는지 여부를 판단하는 것은 쉽지 않은 일이며, 이는 신탁에 대한 긴 역사를 가지고 있는 영국, 미국에서도 마찬가지이다.²⁶

나. 신탁 범위의 문제

신탁 제도의 목적은 위와 같이 ‘신뢰하고 재산을 맡긴 구조’에서 그러한 신뢰(Trust)를 보호하기 위해 신뢰에 대한 침해를 방지하는 것이었다. 이에 따라 신탁의 정의는 ‘특정 목적을 위해 신탁재산을 운용, 관리하는 사람에게 의무를 부과하는 법률 관계’였다.

이러한 열린 정의는 대륙법계에서 자주 나타나는 정의 방식인 폐쇄적·구성요소적 정의와는 달리 신탁을 열린 구조의 시스템으로 만들었고, 이를 통해 영국 신탁은 ‘어디까지 신탁이 성립할 수 있는가?’라는 질문을 통해서 발전해왔고, 그 범위를 확장해왔다.

이러한 발전과 확장은 단순히 신탁의 구조 및 신탁재산의 다양화만을 이룬 것이 아니다. 신탁의 열린 정의는 신탁이 개입하여 수익자를 보호하거나 타인의 손해를 바탕으로 얻은 부당한 결과를 막아야 할 필요성이 있을 때, 당사자들의 신탁 설정 의사를 추정(presume)하거나 때로는 신탁을 의제(constructive)하는 것을 허용하였다.²⁷ 이러한 운용은 신탁을

²⁵ 이는 제 2 장 2 절 III 에서 설명하도록 한다.

²⁶ AUSTIN WAKEMAN SCOTT, WILLIAM FRANKLIN FRATCHER & MARK L. ASCHER, SCOTT AND ASCHER ON TRUSTS VOLUME 1 (Fifth ed. 2006). at 50

²⁷ Lord Nottingham in *Cook v fountain* [1676] 3 Swans 585

받아들이는 대륙법의 법률가들에게 신탁은 ‘너무 광범위하게 적용·활용되는 제도’라는 관념을 불어넣어 주었다.

우리 신탁법은 대부분의 대륙법계 국가와 마찬가지로,²⁸ 신탁의 설정의 기본적인 방법으로 당사자 상호 합의에 따른 계약을 상정하고 있으며, 이러한 신탁을 설정하고자 하는 당사자의 의사표시는 명시적으로도 묵시적으로도 가능하다. 따라서 명시적 의사신탁과 묵시적 의사신탁 모두 성립이 가능하다.

그러나 이와는 달리 법정신탁 중 당사자의 의사와 상관없이 법원의 판단에 의해서 성립하는 의제신탁은 우리 신탁법에서 인정될 가능성이 높지 않다.

하지만 당사자의 신탁 설정 의사가 명료하게 표시되지 않은 사안에서 객관적 기준 없이 법원이 사후적으로 당사자의 ‘묵시적인 의사 표시’를 도출하여 신탁의 성립을 인정한다면, 이는 실질적으로 법원의 구체적 판단에 따른 의제신탁의 성립에 다름아닌 것이므로 주의를 요한다.

다. 신탁 성립의 강력한 효과와 엄격한 성립 요건

하지만 영국과 미국의 신탁 성립 범위가 무분별하게 확장만 되어 온 것은 아니다. 무분별한 신탁의 성립에 관한 우려로 신탁의 성립의제한 논의와 관련 판례의 발전도 동시에 이루어져 왔다.

주지하듯이 신탁은 재산을 관리하는 수탁자에게 의무를 부과하고, 대상 재산에 대한 독립성을 인정하여 이익의 귀속자(수익자)를 강하게 보호한다. 이러한 신탁의 보호는 우리법의 기준에서만 아니라 형평법의 기준에서도 그 어떤 재산관리 제도보다 강력한 것이라 평가할 수 있다.

특정한 법률관계에서 일방 당사자에 대한 강력한 보호는 상대방 또는 제 3 자의 이익에 대한 침해 또는, 타인의 손해를 바탕으로 자신의 이익

²⁸ 이는 제 2 장 제 2 절 I. 1.에서 설명하도록 한다.

만을 추구하는 제도의 악용으로 이어질 수 있다. 특히나, 외관에 있어서 수탁자의 소유로 되어 있는 신탁 재산에 대한 도산격리와 압류금지 등의 독립 효과는 당사자들의 일반 채권자의 권리침해로 직결될 수 있기 때문이다.

신탁의 성립 여부가 문제되는 경우의 거의 대부분은 수탁자가 도산한 상황이며, 이러한 상황에서는 신탁의 성립 여하에 따라 대상 재산이 파산재단에 포함되는지 여부가 결정된다. 따라서 신탁의 성립 여부는 당사자들뿐만이 아니라 당사자들의 일반 채권자들에게도 막대한 영향을 끼치게 된다.²⁹

영국 신탁법³⁰은 이와 같은 위험성을 인식하여 기존의 다른 형평법의 제도와는 달리 신탁에 있어서는 보통법과 같은 엄격한 수준의 설정 요건을 부과하고 있다.³¹ 영국 법원은 신탁 설정 의사의 확정성(Certainty of Intention)의 확인을 통해서 ‘그 어떤 다른 법률관계도 아닌 신탁을 설정하고자 하는 의사’를 확인하고, 이러한 당사자의 신탁 설정 의사가 확인되더라도, 신탁재산의 확정성(Certainty of subject matter), 신탁 목적의 확정성(Certainty of objects)이 확인되지 않아서 신탁이 작동할 수 없는(not workable) 것이라고 판단되면, 신탁이 성립되지 않은 것으로 판단하고 있다.

²⁹ 원고의 입장에서는 거래 상대방의 도산 상황에서도 신탁의 성립만 인정되면 자신의 이익을 온전히 보전할 수 있기 때문에 신탁의 성립 주장은 영미에서는 굉장히 일상적인 소송 전략의 하나로 자리잡고 있다. 예컨대, 투자회사가 파산한 상황에서 투자자들이 투자금 반환 주장 방법의 하나로 신탁의 성립을 주장한 예로는 *Giles and others v Westminster Savings Credit Union and others* 2006 BCSC 141

³⁰ 판례법 국가인 영국의 특성을 고려하여, 본 논문에서 ‘영국의 신탁법’이라고만 표기할 경우에도 관련 판례도 포함하여 지칭하기로 한다.

³¹ 신탁의 설정 요건에 대한 논의는 제 3 장에서 다루도록 한다.

상기의 신탁 설정 의사의 확인 요건은 신탁의 일부 효과만을 악용하려는 시도와 애당초 신탁법의 개입이 필요없는 ‘신탁이 아닌 법률관계’들을 신탁으로부터 분별하는 기능을 하고 있어서, 당사자의 설정을 통한 의사신탁의 악용과 성립 범위의 무분별한 확대를 제한하는 역할을 하고 있다.

또한, 신탁을 받아들인 대륙법계 법률가들이 가장 어렵게 인식하고 있는 의제신탁의 경우에 있어서도, ‘영국의 의제신탁은 적용 범위가 너무 광범위하다’는 통상적인 인식과는 달리 영국 내부에서도 의제신탁의 적용 범위의 확대에 대한 비판적 검토를 통해 이에 대한 제한이 이루어지고 있다.

즉, 영국의 신탁법은 신탁의 다양한 활용과 확대를 허용하면서도, 신탁 성립의 강력한 효과와 그것이 당사자 및 제 3 자의 재산권에 미치는 영향을 고려하여, 신탁의 설정에 대한 엄격한 요건을 규정하여 무분별한 확대를 경계하며, 균형을 추구하고 있다.

우리 신탁법 또한 신탁 성립에 강력한 효과를 부여하고 있기 때문에, 이러한 강력한 효과가 불필요한 법률관계에 대해서도 신탁의 성립을 인정할 것인지, 인정한다면 어떠한 성립 요건을 기준으로 판단할 것인지에 대한 논의가 필요하다.

3. 신탁 성립의 범위 연구의 실무적 필요성

가. 신탁의 활용을 위한 필요

신탁의 성립에 관한 연구가 일부 예외적인 사례를 제외하고는 논의의 중심에 서지 못한 이유는 지금까지의 논의가 금융기관과 같은 전문 집단의 계약이나, 전문적인 신탁업자에 의한 서비스만을 중심으로 행해지고 있었기 때문이다.

그러나 신탁이라는 법률관계에 대해서 오해해서는 안 되는 것은 신탁 ‘법’의 적용과 활용이 최근에 본격적으로 이루어진 것이지, ‘신탁의 구조에 해당하는 법률관계’는 이미 예전부터 상거래와 우리 일상 생활에서 널리 통용되고 있었다는 점이다.

낭비벽이 있는 동생의 재산을 형이 관리하는 경우와 사실혼 배우자 일방이 공동의 재산을 자신의 명의로 관리하고 있는 경우, 외환 거래에 대해서 전문성이 없는 중소기업이 은행에게 자신의 채권 회수를 맡기는 구조, 사채원리금 지급대행 계약에 따라 은행이 보관하는 자금 등과 같이 ‘자신의 재산을 특정 목적을 위해서 타인에게 이전하여 관리를 맡기는 법률관계’는 신탁법의 개정 이전부터 광범위하게 사용되고 있다.

신탁이라는 법률관계는 신탁법이 생기고 나서부터 비로소 형성된 것이 아니다. 우리가 오늘날 사용하는 신탁이란 기존부터 있던 ‘자신의 재산을 특정 목적을 위해서 타인에게 이전하여 관리를 맡기는 법률관계’의 구조적 위험³²으로부터 수익자를 보호하기 위해서 법이 개입하여 이러한 법률관계를 인식하고 신탁법의 규정에 의한 의무와 권리를 강제하고 있는 제도인 것이다.

따라서, ‘신탁의 활성화를 추구한다’라는 명제에서 ‘신탁의 활성화’는 두 가지 의미로 해석될 수 있다. 단순히 신탁에 대한 전문적인 지식을 가지고 있는 당사자가 보다 다양한 목적으로 새로운 종류의 신탁 계약을 설정하는 것을 의미하는 것일 수 있고, 반대로 기존에 이미 사용되고 있던 ‘신탁에 해당하는 법률관계’를 법원이 보다 활발하게 신탁법의 규율을 받는 신탁으로 인식하고 신탁법에 따른 권리와 의무를 부과하는 것을 의미할 수도 있다.

물론, 영국·미국과 같이 당사자가 신탁을 설정하려는 의사가 없음에도 법원이 주도적으로 당사자의 의사를 추정(presume)하거나 의제

³² 이러한 구조적 위험에 대해서는 제 3 장 2 절에서 설명하도록 한다.

(construe)하는 것은 우리 법률 체계에서는 쉽게 접근하기 어려운 방법론이다.

그러나 어떠한 법률관계를 신탁법상의 신탁으로 볼 수 있는지의 문제는 계속 남게 된다. 앞서 설명하였듯이 재산관리자의 도산 상황에서 신탁의 성립 여부는 당사자들의 이익에 막대한 영향을 끼치기 때문에, 이러한 도산과 같은 이익 충돌 상황에서 신탁 성립의 주장은 앞으로도 계속 확대될 수밖에 없다.

신탁의 설정 의사가 표현된 문서가 존재하지 않는 신탁 계약과 ‘신탁’이라는 용어가 표시되어 있지는 않지만 신탁의 실질에 해당하는 법률관계를 규정한 문서가 존재하는 계약에 대해서 신탁의 성립 여부에 관한 분쟁이 생겼을 때 이를 어떤 기준으로 판단할 것인지, 또한 신탁법상의 신탁을 설정하고자 함을 표시한 문서는 존재하지만, 실제로는 명의만을 빌린 명의신탁이나 신탁재산의 독립성만을 목적으로 하는 법률관계에 대해서도 신탁법에 따른 수탁자의 권리와 신탁재산의 독립성을 인정해 줄 수 있는지의 문제 즉, 어떠한 요건을 갖추어야 신탁법상의 신탁으로 인정할 수 있는지의 문제는 그 중요성이 점점 확대될 수밖에 없다.³³

이와 관련하여 신탁법의 규정이 명확한 기준을 제시해주지 못하는 부분이 많기 때문에³⁴ 위와 같은 문제가 발생하였을 때 법원과 당사자는 학설·판례에 의존할 수밖에 없으나 이 또한 아직까지는 명확히 정리되었다고 보기는 어렵다.

³³ 신탁의 성립을 위해서 당사자의 구체적이고 명시적인 신탁 설정 의사의 표시가 있어야 하는 것인지, 아니면 당사자의 관계, 법률행위의 목적 등을 통해서 당사자의 의사를 묵시적으로 확인할 수 있으면 충분한 것인지, 당사자가 자신들의 법률행위가 신탁에 해당하는 것인지 인지하지 못하였더라도 신탁에 해당하는 행위를 하였을 경우에도 신탁이 성립하는 것인지에 대한 논의는 향후 신탁 해석론의 중요한 주제가 될 것이다. 新井 誠, 信託法 (第 4 版 ed. 2014).

³⁴ 예컨대 수동신탁의 허용 여부는 신탁법의 조문만으로는 알 수 없고, 학설과 판례에 맡겨져 있다고 한다. 신탁법 해설, (김상용 ed., 2012). 15 면

신탁의 강력한 수익자 보호로 인한 제 3 자인 일반채권자의 불측의 손해를 과도하게 우려하여 ³⁵ 신탁의 성립 범위를 축소한다면, 이는 수익자의 손해를 바탕으로 수탁자 또는 일반채권자에게 부당한 이익을 부여하는 결과가 되어 신탁의 활용도를 낮추게다. 반면에 단순히 신탁법의 조문 형식에 따른 외관을 갖추고 있다는 이유만으로 신탁의 성립을 인정하는 것은 기존 거래질서의 안정을 해치는 결과로 이어진다. 신탁 성립의 기준과 범위를 확정하지 않는다면 신탁 전반에 대한 혼란이 가중될 수밖에 없다.

‘신탁의 활성화’에 대한 논의가 지향하는 바는 전문가들이 영미의 신탁을 활용한 금융기법들을 우리 법제에서 복제 재생산하는 것만을 의미하지는 않을 것이다. 이는 오히려 신탁이 우리 법제의 상거래와 일상생활에서 기존 법체계의 미진함을 보충하고 보강해주는 것을 의미할 것이다.

따라서, 신탁의 보다 많은 활용에 대한 논의는 기본적으로 어떠한 법률관계가 신탁에 해당하는지, 신탁의 성립 범위는 어디까지인지에 대한 확인을 전제로 이루어질 필요성이 있다.

나. 비대등 당사자 간의 계약에서의 신탁

신탁 성립의 요건과 범위에 대한 논의는 단순히 학술적 문제만이 아니라 금융을 중심으로 한 실무에서 계속 주요한 문제가 되고 있다.

당사자들의 신탁 설정 의사가 문제가 되었던 사채원리금 지급대행계약 사건(대법원 2002. 7. 26. 선고 2000 다17070 판결)의 판결의 의미에 대해서는 아직도 논란이 있다. 최근에는 규제 기관과 법이 정비되지 않은

³⁵ 실제 신탁의 성립이 인정되지 않은 대부분의 사례에서 판례의 근간에 내제된 주요 논리는 다른 일반채권자와의 형평성 문제이고, 이는 영국과 미국의 판례에서도 자주 나타나는 논거이다.

영역인 가상통화 거래소가 파산한 경우 투자자들이 맡긴 예탁금의 처리 문제가 제기되고 있다. 한때 범람했던 P2P 대출 업체가 파산할 경우에도 투자자가 대부업자에게 맡긴 돈의 성격과 관련하여 이러한 구조에서의 신탁의 성립 여부에 대한 논의가 진행되고 있다.

이에 대해서 위와 같은 문제는 신탁을 원하는 당사자가 계약 당시 ‘신탁’이라는 용어를 분명히 표시하면 될 것이라는 반론이 있을 수도 있으나, 이는 통상적인 금융거래에서의 당사자들의 현실의 불균형을 충분히 고려하지 못한 주장이다.

우선 우리 신탁법은 ‘신탁’이라는 용어를 쓸 것을 요구하고 있지 않다. 오히려 만약 요구한다면 이는 또 다른 문제로 이어지게 된다. 규제 요구나 신용거래 위험 축소의 목적으로 이루어지는 거래의 금융 서비스 제공자들은 대부분 대형 금융기관들이고, 지급대행 업무 등은 시중 대형은행들이 담당하고 있는 경우가 많다. 특히나 중소기업이 주거래 은행과 대행 계약을 체결하는 과정에서 은행을 수탁자로 지정하여 은행에게 강한 의무를 부담하게 하는 ‘신탁’이라는 용어를 명시적으로 계약서에 적시하게 할 수 있는 전문적인 금융 지식이나 협상력을 가지고 있을 가능성은 높지 않다.

또한, 위의 주장은 신탁의 본질을 간과한 주장이다. 모든 행위 당사자는 오직 자신의 이익만을 염두에 두는, 독립적이고 대등한 관계여야만 한다. 이 때 법은 당사자가 대등하도록 보정하는 의무를 부과하는 것과, 동시에 당사자의 최대의 자유를 보장하는 것 사이의 균형을 찾아야 한다.³⁶ 위탁자의 재산이 수탁자에게 이전되고 나면, 수익자와 위탁자는 수탁자의 재량에 완전히 노출되는 결과가 발생한다. 이때 이러한 관계의

³⁶ McLachlin J 호주 대법원(the High Court of Australia), Youyang Pty Ltd v Minter Ellison(2003) 212 CLR 484 at 501

불균형을 보정하기 위해 형평법은 신탁을 통해 수탁자의 자유를 제한하고 적절한 의무를 부과하는 것이다.³⁷

모든 금융거래와 상거래가 대등한 당사자간에 이루어지는 것은 아니다. 오히려 일상적이고 반복적인 금융거래와 상거래의 대부분은 현저한 정보 불균형·힘의 불균형 위에서 이루어지고 있다고 보아야 할 것이다.

우리 상거래와 금융거래는 적지 않은 기법들을 영미로부터 차용해왔다. 하지만 해당 거래의 문제를 해결하는 방식에 있어서 영미와 마찬가지로 신탁을 사용할 수 있는지에 대해서는 아직 충분한 논의가 이루어지지 않았다. 물론 기존의 우리 법체계만으로도 충분히 합리적인 해결을 할 수 있다면 굳이 신탁 성립의 확대를 논할 이유는 크지 않다. 그러나 만약 기존의 방식을 취한 결과 법이 보정했어야만 하는 불균형하고 ‘비형평적인’ 결과가 초래될 경우에는 우리는 신탁 성립을 통한 해결을 검토해 보아야만 한다. 이를 위해서는 우선 신탁의 성립 범위에 대한 진지한 고찰이 요구된다.

III. 연구의 목적

본 연구는 이하의 질문에 대한 답을 모색하는 것을 목적으로 한다. 첫 번째, 당사자가 신탁을 설정하기 위해서 충족시켜야 하는 요건을 확인하도록 한다.

두 번째는 첫 번째 질문과 연결하여 법원이 어떠한 객관적 지표를 통해서, 어느 한계까지 당사자들의 의사를 추론하여 신탁의 존재를 인식(recognize)할 수 있는 지를 검토하도록 한다.

그리고, 세 번째로는 신탁의 성립의 범위를 확인하고 확대하는 작업이 우리법에서 갖는 제도적 의의를 검토하도록 한다.

³⁷ David Hayton, *Unique Rules for the Unique Institution, the Trust, in* CONSTRUCTIVE AND RESULTING TRUSTS (Charles Mitchell ed., 2010). at 281

신탁 성립의 범위에 대한 연구는 신탁이 사용되는 범위와 사용례에 대한 연구로 이어지고, 이 과정에서 비교법적 연구의 의존도가 높을 수밖에 없다.

본 연구의 목적은 특정 국가의 신탁 사용례의 우월성이나, 우리나라에 서의 신탁 사용의 문제점을 지적하고자 하는 것은 아니다. Hayton 이 설명하듯이, 신탁이라는 도구의 정의와 사용 범위에 대한 결정권을 영국만이 가지고 있는 것도 아니며, 영국내에서도 시대의 변화와 필요에 따라 신탁의 정의와 범주는 변하고 있고, 이러한 변화와 적응이 신탁의 장점이다.³⁸ 따라서 단순히 영국이나 미국의 신탁 사용례를 모방하거나 단순 배격하는 것은 영미와 우리나라의 법체계의 차이 등을 감안할 때 현명한 접근 방법은 아니다.

하지만 신탁을 보다 오랜 기간, 보다 광범위하게 사용해왔던 영미, 특히 영국의 신탁의 성립 범위와 이를 통한 사용례에 대한 확인은 우리가 신탁을 어디까지, 어떻게 사용할 수 있는지에 대한 단초를 제공해줄 수 있다. 따라서 본 연구를 통해서 우선은 신탁의 성립 요건과 그 범위를 확인하고, 이를 통해 다양한 신탁의 제도적 의의를 확인하도록 한다.

第 2 節 연구의 범위와 방법

I. 연구의 범위

1. 대상 신탁의 범위

³⁸ MCFARLANE AND MITCHELL, *supra* note 3, para 1-037-1-041

신탁에 해당하는 법률관계와 그 범위를 확인하기 위해서는 ‘다른 그 무엇도 아닌 신탁을 설정하려는 의사’인 신탁 설정 의사에 대한 확인을 통해서 신탁과 신탁이 아닌 법률관계의 경계선을 확인해야 한다. 이에 따라, 본 연구의 대상인 신탁의 성립 범위에 대한 논의는 묵시 의사신탁과 의제신탁을 중심으로 한다.

신탁 중에서 신탁재산의 대상이나 신탁 목적에 종류에 따라 분류되는 신탁들의 성립 범위는 본 연구의 대상에는 포함되지 않는다. 이러한 신탁들의 성립 여부는 적지 않은 경우 법리적 문제가 아닌 정책적 판단이나 사회경제적인 요소에 따라 결정되는 측면이 있으므로 본 연구에서는 생략하도록 한다.

또한, 신탁의 성립 요건에 대한 검토에 있어서는 공익신탁을 제외한 사익 신탁을 중심으로 논의를 진행하고, 신탁의 설정 방법에 있어서는 유언과 신탁 선언의 방법보다는 계약에 의해 설정되는 신탁을 중심으로 논의를 진행하도록 한다.

2. 비교 연구 대상 법역

앞서 설명하였듯이, 현재 우리의 신탁법은 신탁의 성립 요건과 성립 범위에 대한 세부적인 사항의 적지 않은 부분을 학설과 판례에 맡기고 있다. 하지만 아직 이에 관한 판례가 충분히 축적되지 않았기 때문에 필연적으로 비교법적인 연구의 필요성이 높아진다.

우선 이와 관련하여 같은 대륙법계 국가에서 신탁을 도입한 일본의 신탁법을 검토할 수 있으나, 신탁의 성립 범위와 신탁 설정 의사에 관계된 일본의 학설과 판례도 우리에게 큰 방향성을 제시할 수 있는 수준으로 축적되었거나 정제되었다고 보기는 어렵다는 문제점이 있다. 그리고, 신탁의 성립, 신탁에 해당하는 법률관계의 범위와 같은 신탁의 본질적인 부분에 대한 논의는 제도를 수입한 국가의 법체계의 재해석을 거친 논의

를 참조하는 것보다는, 최초의 제도가 만들어진 곳에서의 역사적 논의를 중심으로 검토하는 것이 보다 효율적이다. 따라서 대륙법계 국가보다는 영국에서의 논의를 중심으로 하는 것이 옳다고 본다.

대륙법계 국가에는 일반적으로 자국의 신탁 도입과정에서의 비교 연구를 위해 ‘영미식 신탁’(Anglo-American)이라는 용어가 흔히 쓰이곤 하지만, 영미 법역이라고 하면 미국, 영국, 호주, 캐나다, 뉴질랜드를 포함한 많은 국가가 포함되어 있고, 실제 각 국가에서 신탁의 성립, 적용 범위에 적지 않은 차이가 있어서, ‘영미식 신탁’이라는 용어는 과도하게 포괄하는 용어일 수 있다. 특히 의제신탁과 관련해서는 구체수단적 성격이 강조되는 미국과 영국의 논의와 발전 방향은 큰 차이를 보이고 있다.^{39, 40}

본 연구에서는 기본적으로 영국 신탁을 제도 관찰과 비교의 중심으로 하도록 한다. ① 영미 신탁의 원류는 영국의 신탁으로 보는 것이 타당하고, ② 신탁법의 개정 논의 과정에서 영국 신탁을 참조함을 였으므로, 본 연구에서는 기본적으로 영국 신탁을 제도 관찰과 비교의 중심으로 삼는다.

또한 이와 함께 미국 신탁법의 내용을 교차 확인할 것이다. 미국 신탁은 의제신탁이 아닌 의사신탁의 설정과 관계된 구조와 형식적인 부분에 있어서는 기존의 영국 신탁의 논의들을 충실히 받아들여 왔다. 물론 구체적인 사례들에 적용된 논리의 세부적인 내용과 판례의 태도에 있어서는 다소간의 차이가 없는 것은 아니나, 발전의 방향성이 극명하게 차이가 나는 의제신탁에 비해서 의사신탁의 설정에 대해서는 상대적으로 큰 틀에서 결정적인 차이는 많이 나타나지 않는다. 또한, 미국 신탁의 경우에는 통일 신탁 법전(Uniform Trust Code)과 리스테이트먼트

³⁹ 해당 차이점은 제 2 장 제 3 절에서 자세히 다루도록 한다.

⁴⁰ Maurizio Lupoi, *The Civil Law Trust*, 32 VANDERBILT J. TRANSNATL. LAW 967-988 (1999). at 968

(Restatement)가 존재하기 때문에 영국 신탁법의 판례를 통해 구축된 의사신탁의 설정 관련 내용들이 조문으로 표현될 경우에는 어떠한 형태가 될 것인지에 대한 단서를 제공해줄 수 있다. 이는 특히나 성문법 체계의 대륙법 법연구자들의 시각에서는 좀 더 용이하게 비교 연구를 진행할 수 있는 도구가 될 것이다.⁴¹

또한 영국의 신탁법만이 아니라 부분적으로 영미의 계약법도 참조할 것이다. 영국 신탁법에서의 신탁의 성립요건에 대한 검토에서 유의해야 할 점은 해당 성립요건이 신탁의 특성으로 인한 것인지, 아니면 영국법의 체계와 특성으로 인한 것인지를 구별할 필요가 있다는 것이다. 영국 신탁법에서 중요한 문제라고 하더라도 애당초 우리법 체계에서는 적용될 수 없는 사안에 대해서는 그 고찰의 필요성이 높지 않기 때문이다.

또한, 신탁의 판례와 문헌만으로는 성립요건들의 의미가 충분히 전달되지 않는다면, 다른 법분야에서의 성립요건의 쓰임과 의미를 비교·확인해보는 것이 도움이 될 수 있다.

대륙법 법률가들에게는 신탁보다는 계약이 훨씬 친숙한 도구이며, 실제 현대의 신탁은 대부분 계약의 형태로 설정되는 경우가 대부분이다. 따라서, 신탁의 설정 요건을 확인함에 있어서, 계약의 성립요건의 의미와 비교 분석하는 것은 신탁에서의 특유의 문제를 이해하는데 도움이 될 것이다.

3. 기타 연구 대상

⁴¹ 본 논문에서 영국과 미국의 법을 모두 지칭할 때에는 ‘영미’라고 표현하고, 구분이 필요한 부분에서는 ‘영국’, ‘미국’으로 따로 분리해서 쓰도록 한다. 그리고 우리나라의 2011년 개정신탁법을 지칭할 때에는 ‘우리 신탁법’이라고 표기하도록 한다.

가. 신탁 용어의 번역(Translation)과 용례(Terminology)

본 논문에서는 신탁 용어의 번역과 용례에 대한 고찰도 진행하도록 한다. 다른 언어로 만들어진 법률 용어를 우리말로 옮기는 것은 어려울 뿐 더러 논쟁적인 일이기도 하지만, 그렇다고 해서 단순히 직역을 하거나 원영문만을 사용하는 방식으로 번역 자체의 중요성을 간과해서는 안된다.

법률용어의 번역이 어려운 이유는 특정의 외국 단어에 완전히 동일한 의미로 일치하는 우리말 단어가 존재할 가능성은 높지 않기 때문이다. 법률용어의 경우 단어 자체에 함축적인 의미가 담겨 있고, 그 의미를 통해서 그 용어가 가리키는 대상 제도를 설명하는 경우가 많기 때문에 정확한 의미의 전달을 위해서는 번역이 신중하게 이루어질 수밖에 없다. 영국 신탁에 대한 적지 않은 오해가 영국 신탁법에서의 통일되지 않은 언어 사용으로 인한 것임을 감안할 때, 주요 용어들의 정리와 번역 용례의 검토는 신탁 연구를 위해서 분명히 필요한 일이다.

나. 신탁의 성질론(性質論)에 대해서

본 논문은 신탁 설정 의사를 중심으로 한 신탁의 성립 범위에 대한 연구를 목적으로 하기 때문에, 기존에 일본 중심으로 연구가 많이 진행된 신탁의 성질이나 신탁 효력 발생 시점 등에 관해서는 우리법과의 차이를 중심으로만 언급하도록 한다. 또한, 구체적인 수탁자의 의무나 수익자의 권리에 대한 부분도 주제를 위해 필요한 정도에서만 다루도록 하고, 일본과 한국에서의 관련 학설의 대립과 같은 세세한 설명은 관련 연구를 언급하는 것으로 갈음하도록 한다.

II. 연구의 구성

신탁에 해당하는 법률관계의 요건과 신탁의 성립 범위를 확인하기 위해서는 우선 신탁의 정의와 본질에 대한 확인이 선결적으로 이루어져야 한다.

이에 따라, 제 2 장에서는 우리 신탁법의 정의를 확인하고, 이를 영미 신탁의 정의와 비교함으로써 우리 신탁법의 구조적 정의의 의의와 그 한계를 확인하도록 한다. 이와 함께 신탁의 종류와 범위에 대한 확인을 통해서 신탁의 성립 범위에 대한 검토를 진행하고, 이 중 특히 묵시 의사신탁과 의제신탁의 정의와 그 중요성을 설명하는 과정에서 영미 신탁의 주요 용어들에 대한 용례를 정리하도록 한다.

제 3 장에서는 신탁의 성질에 대한 검토와 더불어, 신탁의 성립 효과들의 경제학적 의의를 확인하도록 한다. 이 과정에서 민법의 다른 재산관리제도와 대비되는 신탁의 의의와 효과를 확인하고, 신탁만의 고유한 효과와 이로 인한 예상되는 문제점을 확인하도록 한다.

제 4 장에서는 의사신탁의 성립요건을 검토하도록 하고, 특히 신탁 설정 의사를 중심으로 그 의의와 확정에 대한 내용을 확인하도록 한다. 이 과정에서 우리 신탁법으로는 명확하지 않은 성립 요건에 대한 논의를 영국과 미국의 논의를 참조하여 진행하도록 한다.

제 5 장에서는 제 4 장에서 논의한 신탁 성립 요건을 중심으로 묵시 의사신탁의 성립을 확인하기 위한 신탁 설정 의사의 객관적 지표를 찾아보도록 한다. 이를 위해 우선 신탁법의 정의 요소와 신탁의 본질 요소에서 객관적 지표를 물색하고, 이와 관련한 영미 판례를 중심으로 지표의 적용을 검토해보도록 한다.

제 6 장에서는 묵시 의사신탁의 성립과 신탁의 성립 범위 확대에 대한 우려들을 확인하고, 이러한 우려의 주된 대상인 위험들의 현실성에 대한

검토를 하고, 이와 함께 묵시 의사신탁의 금융소비자 보호 측면에서의 이점을 검토하도록 한다.

제 7 장 ‘결론’에서는 본 연구의 성과를 확인하고, 그 의의와 추후 필요한 입법론 및 추가적인 연구 주제를 제시하도록 한다.

第 二 章 신탁의 정의와 범위

第 1 節 서 설

신탁의 성립 요건과 범위의 확인에 있어서 신탁의 정의는 중요한 의미를 가진다. 신탁의 정의를 구성하는 요소 중 신탁의 성립을 위해서 필수적인 것은 신탁의 성립 요건으로 볼 수 있다.⁴² 또한, 신탁의 정의를 통해서 포괄할 수 있는 법률관계의 범위도 확인할 수 있다.

우리 신탁법은 제 2 조에서 신탁의 정의를 제시하고 있고, 뒤에서 살펴 보겠지만, 제 2 조의 정의는 다른 대륙법계 국가의 경우와 마찬가지로 신탁의 외형적인 구조를 설명하는 방식으로 이루어져 있다.

우리 신탁법의 정의와 같이 신탁을 외부적 구조만을 통해서 명확히 정의할 수 있다면 신탁에 해당하는 법률관계를 확인하는 것은 보다 수월할 수 있다. 예를 들어 민법 제 563 조는 매매를 ‘당사자 일방이 재산권을 상대방에게 이전할 것을 약정하고 상대방이 그 대금을 지급할 것을 약정’하는 것이라고 정의하고 있다. 대상 법률관계에 이러한 매매의 구조적

⁴² Gardner 는 대륙법 학자에게 친숙한 방식으로 기존의 신탁의 정의를 구성하는 개별적인 요소들의 신탁 성립을 위한 필수(essential) 여부를 확인하였다. 보다 자세한 내용은 SIMON GARDNER, AN INTRODUCTION TO THE LAW OF TRUSTS (Third ed. 2011). at 1-27

정의를 대입하면, 재산권을 이전 받고 대금은 지급받지 않는 증여와 재산권이 이전되지 않는 임대차 등으로부터 매매를 쉽게 구별할 수 있다. 그러나, 외부에서 확인할 수 있는 신탁의 구조는 위탁자에서 수탁자로의 재산의 이전만으로 이루어져 있다. 때문에 이러한 단순한 구조적 정의를 통해서 신탁을 다른 법률관계와 구별하는 것은 결코 용이하지 않다.⁴³

그렇다면 신탁을 다른 법률관계와 구별해줄 수 있는 정의로서 구조적 정의 외에, 신탁의 본질을 내포한 정의 요소를 확인하여야 하는데 이는 쉬운 작업이 아니다. 영국법에 뿌리를 둔 신탁은 매매나 증여와 같이 당사자들의 반복적인 행위만을 중심으로 형성되어온 법률관계가 아니고, 의회의 입법을 통해서 만들어진 제도도 아니다. 신탁은 당사자들이 설정한 관계에 형평법을 근간으로 법원이 개입하고 이러한 법원의 개입과 판단의 축적을 통해서 영향을 받고, 형성되어 온 것이기 때문이다.⁴⁴

따라서, 만약 우리 신탁법의 정의만으로는 불충분하다면, 영미, 특히 신탁의 발원지인 영국에서의 논의를 참고하는 것이 도움이 될 수 있다. 그러나, 미리 결론을 말하자면, 영미에서조차 신탁의 확실적인 정의를 내리는 것은 쉽지 않은 일이라고 하고 있으며, 신탁을 다른 법률관계로부터 구별시켜주는 본질적인 요소에 대해서도 쉽게 설명하고 있지는 못하다.

하지만, 아이러니하게도 신탁의 정의가 명확할 수 없는 이유를 확인하는 과정에서 신탁을 특징지어주는 신탁의 본질에 대한 단초를 확인할 수 있다.

⁴³ 해당 내용은 본 장에서 설명하도록 한다.

⁴⁴ 예를 들어, 수탁자의 파산으로부터 신탁 재산이 격리되는 것은 당사자들이 그렇게 합의하는 것만으로 가능하지 않고, 신탁법이 부여한 효과를 통해서만 설명이 가능하다. 이는 다시 신탁 법률관계를 계약으로 볼 수 있는가의 문제로 연결된다. 이는 제 3 장 제 2 절 I. 에서 설명하도록 한다.

본 장에서는 우선 우리 신탁법상의 신탁의 정의와 그 한계를 확인하고, 영국을 중심으로 영미에서의 신탁의 정의와 본질적 요소에 대한 논의를 확인하도록 한다. 그리고, 본 장의 후반부에서는 앞서 살펴본 신탁의 정의를 바탕으로 신탁의 종류를 확인해보도록 한다.

第 2 節 신탁의 정의

I. 우리 신탁법상 신탁 정의와 그 한계

1. 대륙법계에서의 신탁

가. 대륙법에서의 신탁 도입 배경과 역사 ^{45 46}

1900 년대 초반까지 대륙법 학자들은 신탁이란 영국법의 특성과 묶여 있는 것이기 때문에 이를 대륙법으로 옮기는 것은 불가능하다고 보고, 이에 대한 접근조차 하지 않았다고 한다. Lupoi 에 의하면 이러한 선입관은 당시 학자들에게 비교법적 연구 방식도 정착되어 있지 않았으며, 근본적으로는 영국법 시스템과 신탁에 대한 충분한 경험이나 이해가 부족

⁴⁵ 일본, 중국, 베트남을 제외한 대륙법계 국가의 신탁 입법에 대한 비교법적 연구에 대한 내용은 주로 이하의 문헌을 참조하였다. MAURIZIO LUPOI, TRUSTS A COMPARATIVE STUDY (2000).; LIONEL D. SMITH, THE WORLDS OF THE TRUST (2013).

⁴⁶ 우리나라를 비롯한 대륙법계에서 신탁을 도입한 이유와 배경을 살펴보고, 이를 영미에서의 신탁의 기원과 발전 과정과 비교하게 되면, 양측의 신탁의 성립 범위의 차이가 발생한 이유를 확인할 수 있다.

하였기 때문이라고 한다. 그러나, 이후 1920 년대에 들어서 기존 대륙법 제도와의 유사성을 중심으로 한 연구들이 진행되었고, 몇몇 대륙법계 국가들도 몇 가지 이유로 신탁을 받아들이기 시작하였다.

일부 국가들은 지정학적, 정치적 이유로 영미법 국가의 영향을 받아서 신탁을 받아들이게 되었고(퀘벡, 루이지애나, 필리핀, 베네수엘라, 이스라엘, 파나마, 마우리티우스, 아르헨티나), 콜롬비아, 에콰도르, 일본, 페루 그리고 러시아는 국제적인 금융 거래에서의 신탁의 필요로 인하여 받아들여지게 되었다고 한다.⁴⁷

즉, 대륙법계 국가들이 신탁을 받아들여지게 된 주된 이유는 기존의 내부적인(Local) 문제의 해결을 위해서 받아들인 것이라기 보다는 영미의 영향⁴⁸ 또는 영미와의 교역, 금융거래 등을 위해서 받아들여지게 된 경우가 대부분이었다. 이는 투자 수단으로 신탁이 많이 사용되는 미국, 영국과의 교역·투자에 대한 대응이거나,⁴⁹ 국제 투자 수단으로 사용된 신탁의 효력과 관련한 문제를 정리하기 위해서 이루어진 국제 협약을 통해 신탁을 도입하게 되는 경우⁵⁰ 등이 해당한다.

교역, 투자, 금융거래 등에서 사용한 신탁은 영미 금융기관과의 계약의 형식을 통해서 설정한 것이 대부분이었기 때문에, 생소한 신탁의 성립 효과에 대해서는 논의가 이루어졌으나, 신탁의 성립 방법이나 요건에

⁴⁷ LUPOI(2000), *supra* note. at 267-271

⁴⁸ 파나마, 베네수엘라의 경우 정치적 영향뿐만이 아니라 경제적 영향도 컸다.

⁴⁹ 이에 적합한 예로는 베트남이 있다. 베트남에서의 신탁 도입에 대한 연구로는 QUE ANH HA, THE RECEPTION OF TRUST IN DIFFERENT LEGAL SYSTEMS: SOME LESSONS FOR VI-ETNAM A COMPARATIVE STUDY (2008). 참고로 중국의 도입에 대한 논의로는 Guoqing Liu, *Trust without Equity: the Commercial Nature of Chinese Trust Law*, 22 TRUST. TRUST. 1118-1133 (2016).

⁵⁰ 이에 적합한 예로는 신탁준거법과 승인에 관한 헤이그 협약(The Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on Their Recognition) 이후로 신탁에 대한 본격적인 논의가 시작된 이탈리아가 있다.

대해서는 논의가 많이 이루어지지 않았다. 또한, 이러한 도입 배경으로 인하여 보다 근본적으로는 영국 신탁에서 중시하는 신뢰의 보호나, 부당한 결과를 피하기 위한 구체적이고 개별적인 성격은 대륙법의 신탁 도입 과정에서는 크게 의미가 부각될 기회가 많지 않았다.

위와 같은 사정은 우리나라와 일본의 경우에도 크게 다르지 않다. 우리나라의 신탁 도입은 실질적인 필요에 의한 것이었기 보다는 조선민사령에 의해 일본 신탁법을 도입한 것이었고, 1961년 12월 30일에 제정된 우리 고유의 신탁법도 기존 일본 신탁법의 영향으로부터 크게 벗어나 있던 것은 아니었다. 그러나 특정한 필요에 대응하여 제정된 것은 아니라고 할지라도, 체계의 기본이 된 일본 신탁법 또한 금융을 목적으로 한 것이었기도 했고,⁵¹ 실제로 현재까지도 우리나라에서 신탁이 활발하게 이용되고 있는 분야는 일반적인 민사거래나 상속 등이 아니라 전문적인 금융거래 영역인 것으로 보인다.⁵²

결국, 대륙법계 국가에서의 신탁의 도입이란 영미와의 금융 거래를 중심으로 한 경제적 이유로 이루어진 것으로 볼 수 있고, 이와 같은 도입 배경과 대륙법계의 특징으로 인하여, 그 구성 형식이 제약되지 않은

⁵¹ 일본의 경우도 신탁 제도 도입의 중요한 목적 중의 하나는 외자 도입이었다. "신탁"이라는 문구가 법문상에 처음 등장한 것은 메이지 33년 일본흥업은행법(日本興業銀行法, 메이지 33년 법률 70호) 제9조 제4호였지만, 이 법에 의해 신탁이 실질적으로 활발하게 기능하고 있었다는 증거는 보이지 않고 있다고 한다. 본격적인 신탁 제도의 도입은 메이지 38년 "담보부사채신탁법(担保附社債信託法, 메이지 38년 법률 52호)"으로 보는 것이 타당하며, 이는 새로운 산업 발전을 위해서 외자 도입이 매우 중요한 국가적 과제였던 러일 전쟁 종료시의 국가적 요구를 반영한 것이라고 한다. 新井 誠, *supra* note 33. at 15~17

⁵² 이는 대부분의 대륙법계 국가에서 공통된 사안이다. Tamaruya, *supra* note 13. at 2260-2261

(form-free) 영국 신탁과 달리, 대륙법에서의 신탁 논의는 ‘계약을 통해서 성립되는’ 형태만을 중심으로 진행된 측면이 있다.^{53, 54}

더구나 영미에서는 신탁이 전문적인 금융 거래를 넘어서 일반적인 거래에서 광범위하게 이용되고 있다고 하더라도, 자신의 법체계가 이미 완성된 후에 신탁을 받아들인 국가의 입장에서는 이미 각 분야에 대한 나름의 규정이 완비된 경우가 대부분이었기 때문에, 신탁의 도입 당시에 기대했던 다양한 분야에서의 활용은 쉽지 않은 일이었을 뿐만 아니라 일정 부분 현실적이지 않은 측면도 있었다.

우리나라의 경우를 예를 들면, 상속은 이미 유류분 제도 등의 엄격한 규정이 존재하여 신탁의 활용 가능성이 높지 않았으며, 부당이득에 대한 법리는 이미 민법에서 규정하고 있기 때문에 미국과 같은 의제신탁의 적용을 논의하기는 어려운 측면이 있다.

위와 같은 신탁 도입의 역사와 기존 체계에 새로 추가하는 형식의 한계로 인해서 대륙법계 국가들이 도입한 신탁은 구조적, 형식적 성격을 띠며 주로 의사신탁만을 위주로 규정하고 있다.

나. 대륙법계 신탁의 정의 요소

대륙법계로 분류되는 국가에서의 신탁 도입 배경은 큰 흐름에서는 유사점을 많이 발견할 수 있지만, 그렇다고 해서 각 국가에서 신탁을 정의하는 것마저 동일하지는 않다. 이를 확인하기 위해서는 영국 신탁을 기준으로 각 대륙법 국가들의 신탁 정의를 비교해 보는 작업이 효과적이라고 볼 수 있다.

⁵³ LUPOI(2000), *supra* note. at 14-15

⁵⁴ 이는 법정신탁(Implied Trust) 중 특히 의제신탁(Constructive Trust)에 대한 논의가 대륙법계에서 잘 진행되지 못한 이유 중의 하나로 볼 수 있다.

대륙법계의 학자가 신탁에 대한 비교법적인 연구를 진행하기 위해서는 우선, 신탁을 성문법의 구성 요소로 정의하는 것이 필요하다.⁵⁵ 신탁을 받아들이는 대부분의 대륙법계 국가들의 정의 방식 또한, 일반적인 대륙법계 성문법의 정의 방식에 따라 신탁 또한 ‘신탁’으로 분류되는 법 구조의 요소들(elements of legal structure)을 열거하는 방식으로 이루어진 경우가 많다.

Lupoi 에 따르면 신탁(의사신탁)을 대륙법의 구성 요소 방식으로 표준적으로 정의하면 다음과 같이 볼 수 있다고 한다.⁵⁶

- i) 신탁재산의 수탁자로의 이전 또는 다수당사자간의 신탁 설정 행위
- ii) 대상 재산과 수탁자 고유 재산의 분리
- iii) 대상 재산에 대한 위탁자의 관리권이 없어짐
- iv) 특정 목적 또는 수익자의 존재와 이를 위한 수탁자의 자산 관리
- v) 수탁자의 자산 관리에 대한 신인의무(fiduciary duty) 요소들의 부과⁵⁷

대부분의 대륙법계 국가의 신탁 정의는 1 번 요건인 수탁자로의 신탁재산 이전을 포함하고 있지만, 퀘벡(Quebec)과 에티오피아(Ethiopia)는 이를 포함하고 있지 않으며, 2 번 요건인 신탁재산의 분리에서도 퀘벡은 기

⁵⁵ LUPOI, *supra* note 45. at 270-271

⁵⁶ 이러한 Lupoi 의 정의가 모든 의사신탁의 경우나, 성문법에서 의사신탁을 정의하는 모든 경우에 대응된다고 확신할 수는 없다. 또한, 앞서 설명한 미국 신탁법 리스테이트먼트에서 정의하는 신탁의 요소 중 신탁 설정 의사의 표시는 제외되어 있기도 하다. 하지만 우리나라의 신탁법의 특성을 설명하기에 효과적인 기준점을 제시하고 있다고 본다. 신탁 설정 의사에 대해서는 제 4 장 제 4 절에서 자세히 설명하도록 한다.

⁵⁷ Lupoi, *supra* note 40. at 967

존의 법체계와의 정합성을 위해서 다른 방식의 접근을 보이고 있다.⁵⁸ 3번 요건의 경우에도 특정 상황에서는 예외적으로 위탁자의 관리권이 부활하거나 유지되는 경우를 규정한 내용들이 국가별로 다르게 존재하는 경우가 있으며, 5번의 경우는 신인 의무를 구성하는 요소에 대한 의견이 다를 수 있고, 대륙법계 국가의 성문법인 신탁법에서 규정하는 수탁자의 의무가 신인의무의 요소들과 반드시 동일하지는 않을 수도 있다.⁵⁹

이는 근본적으로는 단순히 대륙법계 국가라고 묶어서 설명하기에는 대륙법계 국가로 분류되는 국가들 간의 기존 법체계 및 그 국가에 미친 영국 또는 미국 법제의 영향력의 차이가 크기 때문으로,⁶⁰ 대륙법계 국가에서의 신탁의 정의를 일관되게 포괄적으로 설명하는 것은 무리가 있을 수 있다.

그러나 세부적인 예외 조항이나 형식, 신탁 성립의 범위에서 차이가 있다고 하더라도, 신탁의 목적 상 상기 요건의 1, 2, 4, 5 번은 예외적인 경우를 제외하고는 대부분의 신탁 입법례에서 같은 취지의 규정들을 확인할 수 있다.

⁵⁸ 스코틀랜드, 퀘벡, 남아프리카 공화국은 분리된 목적재산체(Separate Patrimony)라는 제도가 있기 때문에 수탁자의 고유재산(Personal Patrimony or Private patrimony)과 대비되는 ‘등기불요 독립목적 재산체’를 인정한다. 즉 수익을 위한 모든 독립목적재산체가 신탁의 경우 등기될 필요가 없다는 주의를 채택한다는 것이다. 오영걸, 신탁법 강의(미간행자료) (2011). 49 면

⁵⁹ 신인의무에 대해서는 제 3 장 제 2 절 II. 2.에서 설명하도록 한다.

⁶⁰ 대륙법계에서 영국, 미국, 호주 등을 영미계라고 묶어서 설명하거나, 영미계에서 독일, 프랑스, 한국, 브라질 등을 대륙법계라고 묶어서 설명하는 것은 관행과 편의상 어쩔 수 없는 것이긴 하나, 대상 국가들의 차이를 신중히 구별하지 않을 경우 잘못된 결론을 도출할 가능성도 있다. 또한, 각 국가의 분류도 정확하지는 않다는 문제도 있다. 예컨대 스페인과 미국의 영향을 모두 받은 필리핀의 경우에는 학자들마다 구별이 달라진다. 이와 동지의 의견으로 Lupoi, *supra* note 40.

2. 우리 신탁법에서의 신탁의 정의

앞서 설명하였듯이 같은 대륙법계에서도 신탁의 구체적인 정의나 범위는 조금씩 다르게 설명되고 있다.

우리 신탁법에서는 신탁을 ‘신탁을 설정하는 자(이하 "위탁자"라 한다)와 신탁을 인수하는 자(이하 "수탁자"라 한다) 간의 신임관계에 기하여 위탁자가 수탁자에게 특정의 재산(영업이나 저작권재산권의 일부를 포함한다)을 이전하거나 담보권의 설정 또는 그 밖의 처분을 하고 수탁자로 하여금 일정한 자(이하 "수익자"라 한다)의 이익 또는 특정의 목적을 위하여 그 재산의 관리, 처분, 운용, 개발, 그 밖에 신탁 목적의 달성을 위하여 필요한 행위를 하게 하는 법률관계’라고 정의하고 있다(신탁법 제 2 조).

상기 조문을 나누어 살펴보자면 우선 조문 후단의 ‘(수탁자에게) 신탁 목적의 달성을 위하여 필요한 행위를 하게 하는 법률관계’라는 내용은 영국 신탁의 일반적인 정의인 ‘수탁자에게 의무를 부과하는 특정한 관계’⁶¹와 유사한 의미로 볼 수 있다.

이와 같이 조문의 후단에서는 영국 신탁의 영향을 나타내는 포괄적 신탁의 정의가 설명되어 있다면, 전단에서는 대륙법계의 성문법 체계에 따라 의사신탁의 구성 요소를 설명하고 있는 것으로 보인다.

전단의 구성 요소는 Lupoi 가 제시한 신탁의 구성 요소를 대부분 포함하고 있다. 우선 위탁자에서 수탁자로의 신탁재산 이전(또는 처분)을 포함하고 있고(신탁재산의 이전),⁶² 수익자 또는 신탁 목적의 존재를 요구

⁶¹ 다만, ‘수탁자에 대한 의무 부과’가 강조되는 영미의 정의와는 차이가 있다. 자세한 내용은 제 2 장 제 2 절 II. 에서 설명하도록 한다.

⁶² 이러한 신탁재산의 이전이 신탁계약의 성립요건 또는 신탁 성립 효과의 요건인지에 대해서는 제 4 장 제 2 절 III.에서 설명하도록 한다.

하고 있으며(신탁 목적의 존재), 이러한 목적에 따라 수탁자가 신탁재산을 운용할 것을 요구하고 있다. 이러한 신탁법 제 2 조의 정의 조항과 함께 신탁재산의 독립성은 신탁법 제 22 조 내지 제 30 조에서 정의하고 있고(신탁재산의 독립성), 신탁법 제 32 조에서 수탁자의 선관주의 의무, 제 33 조에서 충실의무, 제 34 조에서 이익충돌 금지 의무, 제 36 조에서 이익취득 금지 의무 등을 명시하고 있다(구체적인 수탁자의 의무).

다만, 대상 재산에 대한 위탁자의 관리권 문제는 우리의 경우 영국의 신탁과는 달리⁶³ 위탁자에게 보다 많은 관리권을 주는 미국 신탁법과 이를 계수한 일본의 영향을 받아 신탁의 성립 이후에도 위탁자에게 신탁에 대한 일정 부분의 관리 권한을 인정하고 있어서,⁶⁴ 3 번 요건은 충족시키지 못하고 있다. 그러나 앞에서 설명했듯이 위탁자의 관리 권한에 대한 예외 규정들은 대부분의 입법에서 확인되기 때문에 전체 구조 측면에서 보자면 우리 신탁법상 신탁의 정의는 표준적인 (의사)신탁의 구조 정의에서 크게 벗어나지는 않는 것으로 보인다.

그러나, 구조적 정의의 큰 틀에서 유사하다고 해서 신탁의 성립 범위와 운용 등에 있어서도 유사할 가능성이 높은 것은 아니다. 신탁재산의 범위, 수탁자의 자격, 세부적인 수탁자의 의무와 수익자의 권리 등은 세부적인 개별 규정들의 확인과 해석을 통해서만 차이를 알 수 있다.

더군다나 성문법 자체의 한계로 인해서 단순히 법조문만으로는 전체 내용을 확인할 수 없다. 법제도에 대한 구조적 정의, 즉 일견 명확하고

⁶³ 이는 일반적인 원칙일 뿐이고 영국 신탁의 경우에도 실무에선 계약을 통해 위탁자의 관리 권한을 유보하는 경우가 종종 나타나고 있다고 한다. LUPOL, *supra* note 45. at 310-311

⁶⁴ 우리 신탁법에서 인정되는 위탁자의 관리권에 대한 예로는 수탁자 사임에 대한 동의권(제 14 조 제 1 항), 수탁자의 해임에 대한 동의권 및 해임청구권(제 16 조 제 1 항, 제 3 항), 신탁재산의 강제집행 등에 대한 이익권 (제 22 조 제 2 항, 제 3 항), 서류의 열람·복사권 및 신탁사무의 처리 및 계산에 관한 설명요구권 (제 40 조 제 1 항) 등이 있다.

단순한 요건 방식의 정의를 통해서 사안을 간명하게 해결할 수 있을 것으로 기대할 수도 있지만, 포괄적이고 일반적인 용어 사용의 한계로 인해서 실제 구체적인 사례에서는 가능한 해석 범위가 문제가 될 수밖에 없다. 신임관계의 범위, 대상 재산의 종류, 필요한 행위의 범위 등에 관해서는 실질적으로는 구체적인 판례의 축적이 없이 명확한 경계를 확정하기는 어려울 것으로 판단된다.⁶⁵

더 중요한 문제는 위에서 살펴본 우리 신탁법상의 정의를 통해서 대법원관계의 신탁 여부를 확인할 수 있는지 여부이다. 주지하듯이 우리 신탁법은 신탁의 요건으로 ‘신탁’에 해당하는 특정 용어의 사용을 요구하고 있지 않다. 따라서, 당사자들의 합의 내용에 ‘신탁’이라는 용어가 사용되지 않았더라도 당사자들이 설정한 법률관계의 실질이 신탁에 해당한다면 -신탁의 본질을 갖추고 있다면- 신탁이 성립하는 것이고, 반대로 당사자들이 ‘신탁’이라는 용어를 사용하였더라도, 해당 법률관계가 신탁의 실질을 갖추고 있지 않다면 신탁은 성립하지 않게 된다. 그렇다면, 해당 법률관계의 신탁 해당 여부가 문제가 될 때 이를 판단하기 위한 기준이 필요한데, 이 때 앞서 살펴본 우리 신탁법 제 2 조의 구조적 정의만으로는 충분하지 않다.

3. 신탁의 구조적 정의의 한계

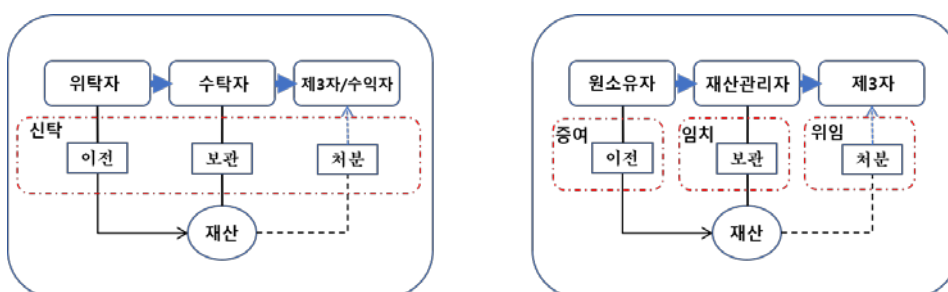
가. 신탁과 유사 법률 관계

앞서 설명한 우리 신탁법에서 차용한 신탁의 구조적 정의가 신탁을 다른 법률관계로부터 구별하는데 충분한 기준을 제시하는지를 확인하기 위해서는 이를 민법의 다른 유사 법률관계와 비교할 필요성이 있다.

⁶⁵ 이와 같은 이유로 대륙법에서 판례의 중요성이 강조된다고 한다. 홍일표, ‘판례의 형성과 구속력의 범위’, 일감법학 제 12 호, 2007, 3-7 면

또한, 이는 신탁의 본질적 정의 요소를 확인하기 위해서도 필요한 절차이다. 신탁을 정의하는 가장 효과적이고 효율적인 방법은 (신탁과 유사하지만) ‘신탁이 아닌 것’을 확인하는 것이다.⁶⁶ 신탁의 그 구조적 외부적 단순성과 타법률관계와의 유사성 때문에, ‘신탁이 아닌 법률관계’와의 구별이 쉽지 않지만, 이러한 유사 법률관계와의 비교에서 나타나는 차이점을 통해서 신탁의 본질적인 정의를 확인하는 것이 효과적이기 때문이다.⁶⁷

신탁은 다양한 여러 형태를 취하고 있으나, 신탁법의 정의를 따를 경우 기본적으로는 위탁자가 특정의 재산을 수탁자에게 이전하고, 수탁자로 하여금 이를 특정 목적을 위해서 관리 등을 하게 하는 법률관계를 기본 형태로 하고 있다. 이를 도식화하면 아래의 왼쪽 그림과 같다.



위와 같이 신탁의 기본적인 외부 구성 형태는 부분적으로 또는 전체적으로 민법의 다른 법률관계와 유사성을 가지고 있다. 위탁자가 수탁자에게 신탁재산을 이전하는 것은 증여와 유사하고, 수탁자가 신탁재산을 보

⁶⁶ SCOTT, FRATCHER, AND ASCHER, *supra* note 26. at 50

⁶⁷ 이는 거의 모든 문헌에서 공통적으로 강조하는 신탁 정의에 대한 논의의 전제이다. *Id.*; MCFARLANE AND MITCHELL, *supra* note 3; HUDSON, *supra* note 3; PHILIP H. PETTIT, EQUITY AND THE LAW OF TRUSTS (10th ed. 2006); 국내에서는 최수정, 신탁법 (2016).

관하는 것은 임치와 유사하며, 신탁의 목적에 따라 수탁자가 신탁재산을 관리·처분하는 것은 대리·위임·간접대리 등과 유사하다. 또한 신탁 전체의 구성 형태는 제 3 자에게 이익을 줄 것을 부담으로 하는 부담부 증여와도 유사하다고 볼 수 있다.

위에서 살펴본 바와 같이 신탁과 민법의 다른 법률관계와의 구별이 외부적 구조로서는 힘들다면, 분리·구별을 위한 다음 방법으로 먼저 당사자가 표시한 의사를 바탕으로 당사자가 의도한 것이 어떤 법률관계였는지를 확인하는 것이 필요하다.

그러나, 만약 이러한 당사자의 의사가 표시된 계약서 등 문서가 존재하지 않을 경우 이를 사후적으로 확인하기는 어려울 수밖에 없다. 또한, 관련 문서가 존재한다고 하더라도 당사자가 자신이 의도한 법률관계가 무엇인지 명확히 인식하지 못한 상황일 수도 있다.⁶⁸ 보다 근본적으로 법원의 신탁 성립 여부에 대한 판단은 당사자의 표시된 의사에만 전적으로 구속되어서는 안되고 해당 법률관계의 실질을 고려해야 하기 때문에, 당사자가 표시한 의사의 확인과 더불어 신탁과 다른 법률관계의 차이점에 대한 인식을 통해 구별하는 것이 중요할 수밖에 없다.⁶⁹

신탁의 외부적 구조에 있어서 가장 특징적인 성격은 수탁자(재산관리자)에게 대상 재산의 명의를 이전하는 것이고, 이는 증여나 소비임치 등 예외적인 몇몇 경우를 제외하고는 민법의 다른 재산관리에 대한 법률관계에서 발견하기 힘든 신탁만의 특성이기는 하다.⁷⁰ 하지만 구체적인 사례

⁶⁸ HUDSON, *supra* note 3. at 77

⁶⁹ 동지의 논의로 SCOTT, FRATCHER, AND ASCHER, *supra* note 26. at 52-53

⁷⁰ 新井 誠은 이와 함께, 신탁의 특성으로 수탁자에 의한 배타적 권리 취득과 법원의 관여 비중이 상대적으로 높다는 점을 들고 있다. 新井 誠, *supra* note 33. at 111-112

에서 이러한 특성만으로 신탁을 구별하는 것에는 한계가 있다. 아래에서는 이러한 한계를 구체적으로 확인하도록 한다.⁷¹

나. 증여와 신탁

(1) 구조적 차이

증여(贈與, gift)는 당사자 일방이 무상으로 재산을 상대방에 수여하는 의사를 표시하고 상대방이 이를 승낙함으로써 그 효력이 생기는 계약으로(민법 제 554 조), 무상의 권리 이전이라는 형식의 면에서 신탁에서 위탁자가 수탁자에게 재산을 이전하는 것과 유사하다.

그러나, 일반적인 증여의 경우 수증자가 증여물의 사용·수익·처분에 있어서 자유로운 것과는 달리 신탁의 수탁자는 신탁에서 정한 바에 따라 신탁재산을 관리 처분하여야 하고, 이와 관련하여 신탁재산임을 공시(신탁법 제 4 조), 분별관리(신탁법 제 57 조)하는 등 엄격한 의무를 부담한다는 점에서 차이가 있다.⁷²

(2) 유사점(부담부 증여)

하지만 이와 같은 재산의 이전을 받은 자의 권리·의무상 차이에 따른 구별이 모든 증여에 적용될 수 있는 것은 아니다. 수증자가 일정한 의무를 부담하는 것을 조건으로 증여가 이루어지는 부담부 증여(負擔附 贈與, Transfer on condition)에 있어서 당사자의 의사를 명확히 확인할 수 없

⁷¹ 본 장에서는 구조정 정의의 한계와 신탁의 본질(본질적 특징)에 대한 확인의 필요성까지만 확인하고, 제 5 장 제 4 절 I. 에서 신탁의 본질적 특징을 지표로 활용하여 신탁과 유사 법률관계를 구별할 수 있음을 설명하도록 한다.

⁷² 최수정, *전계서* 67. 8 면

을 경우 외견상으로 해당 법률관계를 신탁과 구별하는 것이 쉽지 않을 수 있다.

부담부 증여에서 수증자의 부담으로부터 이익을 얻는 이는 증여자가 아닌 제 3 자나 불특정 다수도 가능하며, 수증자가 자신의 부담의무를 이행하지 않을 경우에 증여계약이 이미 이행되었더라도 증여자가 계약을 해제할 수 있는 점⁷³ 등을⁷⁴ 감안하면, 부담부 증여의 수증자는 ‘신탁에서 정한 바에 따라 신탁재산을 관리 처분’해야 하는 것과 유사한 의무를 지는 것으로 볼 수 있다.

예컨대 甲이 乙에게 의사무능력자인 자신의 아들을 돌볼 것을 조건으로 자신 소유의 건물을 이전할 경우 이는 부담부 증여에 해당할 수 있지만, 이와 동시에 외견상 신탁과 매우 유사한 구조가 될 수밖에 없다. 따라서 이와 관련한 당사자의 의사가 명확하지 않거나 당사자가 자신이 의도한 법률관계가 무엇인지 명확히 인식하지 못한 경우, 재산을 이전 받은 자의 의무의 대략적인 내용만으로는 해당 법률관계가 무엇인지 확인하기 어려울 수밖에 없다.⁷⁵

다. 임치와 신탁

(1) 구조적 차이

임치(bailment, 일본 민법에서는 기탁(寄託))는 당사자 일방이 상대방에 대하여 금전이나 유가증권 기타 물건의 보관을 위탁하고 상대방이 이를

⁷³ 대법원 1997. 7. 8 선고 97 다 2177 판결, 대법원 1996. 1. 26. 선고 95 다 43358 판결

⁷⁴ 지원림, 민법원론 (2017). 628 면

⁷⁵ 97 다 2177 판결에서 부담부 증여의 인정 여부 자체가 문제가 된 것에서도 알 수 있듯이, 각 당사자들이 주장하는 법률관계가 다른 경우도 적지 않다.

승낙함으로써 효력이 생기는 계약으로(민법 제 693 조) 물건의 보관 자체를 목적으로 하는 ‘예탁형 계약’이다.⁷⁶

신탁에서도 수탁자가 수익자를 위하여 대상 재산을 보관하고 있는 것은 중요한 요소이며 이러한 타인의 재산을 보관한다는 구조에 있어서 신탁과 임치에는 외형 구조에서 유사성이 있다.⁷⁷

임치와 신탁의 결정적인 차이는 신탁은 수탁자에게 대상 재산의 완전한 소유권이 이전되지만, 임치에 있어서는 대상 재산의 소유권이 수치인에게 이전되지는 않는다는 점이다.^{78, 79}

(2) 유사점(소비 임치)

하지만 대체가능물을 대상 재산으로 하는 소비임치의(민법 제 702 조) 경우에는 수치인은 동종, 동질, 동량의 물건을 반환할 의무만을 지고 대상 재산의 소유권이 수치인에게 이전되기 때문에, 신탁재산이 대체가능물인 경우 소유권의 이전 여부만으로는 신탁인지 소비 임치인지 여부를 쉽게 단정할 수 없다는 문제가 있다.

⁷⁶ 지원림, *전게서* 74. 748 면

⁷⁷ HUDSON, *supra* note 3. at 56

⁷⁸ 영미 문헌에서는 이와 함께 수탁자는 신탁재산의 소유권을 선의의 제 3 자에게 이전할 수 있으나, 수치인(bailee)은 예외적인 경우(the Factor Act 1889 와 금반언 등)를 제외하고는 선의의 제 3 자에게 임치물의 소유권을 이전할 수 없다는 점을 중요한 차이점으로 설명하고 있다. 그러나 이는 우리 민법과 일본 민법에서의 선의의 제 3 자에 대한 보호 법리와 맞지 않는 설명이므로 우리법에는 해당하지 않는다. SCOTT, FRATCHER, AND ASCHER, *supra* note 26. at 51;

PETTIT, *supra* note 67. at 28

⁷⁹ HUDSON, *supra* note 3. at 56; 新井 誠, *supra* note 33. at 109; 최수정, *전게서* 67. 9 면

소비임치의 경우 수치인은 대상 재산에 대한 권리를 이전 받고 재산의 원소유자에 대한 반환 의무를 내용으로 하는 채무만을 지기 때문에, 이는 신탁이 아닌 채권자, 채무자 관계이고, 이는 단순한 채권-채무 관계와 신탁을 구별하는 문제로 연결된다.⁸⁰

또한, 단순한 임치의 경우에도 계약서 등의 관련 문서가 존재하지 않고, 소유권의 이전 여부가 외부적으로 표시되지 않는 재산들의 경우에는 당사자들이 의도한 것이 대상 재산 소유권의 이전인지, 아니면 단순히 점유만을 이전한 것인지를 외형만으로는 명확히 확인하기 어렵다.

이 경우에는 당사자들이 의도한 계약의 목적과 관리자의 권한이 단순히 보관(임치)에 국한되었는지, 아니면 보다 복잡한 사용·관리·처분 등도 포함하고 있었는지에 따라서 구별하는 방법을 검토할 수 있다.⁸¹ 그러나 미국의 실무에서 단순한 보관이나 도관 성격의 신탁도 신탁으로 인정되고 있는 추세를 감안하면, 위탁자의 도산으로부터의 격리만을 목적으로 하는 단순 보관 성격의 신탁에 대해서 이를 신탁으로 인정할 수 있는지 소비임치로 보아야 할 것인지에 대해서는 신중한 접근이 필요하다.

더 나아가 위와 같은 ‘단순한 보관’ 여부만으로 구별하는 것도 한계가 있다. 임치와 위임이 결합한 경우에는 재산 관리자의 외형적 행위는 신탁과 유사할 수밖에 없다.⁸² 이는 이하에서 함께 설명하도록 한다.

라. 위임과 신탁

⁸⁰ 이는 제 5 장 제 3 절 I. 3. 에서 설명하도록 한다.

⁸¹ 동지의 논의로 최수정, *전제서* 67. 9 면

⁸² SCOTT, FRATCHER, AND ASCHER, *supra* note 26. at 52

(1) 구조적 차이

우리 민법과 상법은 재산의 원소유자가 타인에게 자신 소유의 재산을 관리·처분할 수 있게 하는 재산관리제도로 대리와 위임, 간접대리 등을 두고 있다.

대리(代理, agent)는 타인이 본인의 이름으로 의사표시를 하거나 의사표시를 수령함으로써 그 법률효과가 직접 본인에게 귀속되도록 하는 제도를 의미하고,⁸³ 위임(委任)은 당사자 일방이 상대방에 대하여 사무의 처리를 위탁하고 상대방이 이를 승낙함으로써 그 효력이 생기는 계약이다(민법 제 680 조).

대리와 위임에서는 대상 재산의 권리는 위임인에게 잔존하고, 대리인의 행위의 결과는 본인에게 귀속되는 것이 일반적이기 때문에, 권리가 수탁자에게 이전되는 신탁과는 차별점을 지닌다.

(2) 유사점(간접대리)

그러나, 이와 같은 구별은 간접대리에는 통용되지 않는다. 간접대리(間接代理)는 타인의 재산으로 그러나 자기 이름으로 법률행위를 하고 그 효과는 행위자 자신에게 생기되 나중에 취득한 권리를 내부적으로 본인에게 이전하는 관계를 의미한다. 대표적인 예로 자기명의로써 타인의 재산으로 물건 또는 유가증권을 매매하는 상법의 위탁매매가 있다(상법 제 101 조, 일본 상법 제 511 조).

간접대리는 일반적인 대리, 위임과는 달리 행위자와 그 법률효과의 귀속주체가 모두가 간접대리인이고, 이러한 대리행위를 통해 발생한 손익을 이후 당사자 사이의 내부관계에 따라 본인에게 이전한다는 구조에 있어서 신탁과 유사하다. 물론 이러한 구조의 유사성과는 달리 그 효과에

⁸³ 지원림, *전계서* 74. 133 면

있어서는 수탁자의 파산으로부터 신탁재산이 절연되는 신탁과는 달리 본인에게 수익이 이전하기 전에 간접대리인이 파산할 경우 본인은 간접대리인의 신용위험에 노출되게 된다는 큰 차이점을 가지고 있으나,⁸⁴ 위와 같은 구조적 유사성으로 인해서 실제 사례에서 신탁과 간접대리를 외부적 표지를 통해 구별하는 것은 쉽지 않은 일이다.⁸⁵

위와 같은 구조적 유사성의 문제는 간접대리에만 발생하는 것이 아니다. 앞서 언급하였듯이 소비임치와 위임이 결합할 경우에는 신탁과 매우 유사한 구조를 형성하게 된다.

4. 소결: 구조적 정의의 한계

앞서 살펴보았듯이 우리 신탁법은 수탁자를 ‘신회하고 재산을 맡기는’ 단순한 구조로 이루어져 있지만, 실무에서 신탁의 성립 여부를 확인하기 위해서 이러한 구조의 구체적인 범위를 설정하는 것은 쉽지 않다. ‘신회’의 의미는 무엇이며, 어떤 행위나 관계를 통해서 신회가 형성될 수 있는 것인지, ‘재산’의 범위에는 어디까지 포함되는지, ‘맡긴다’라는 것은 어떠한 행위까지 포함하는 것이며, 이는 어떻게 표시되어야 하는 것인지 등의 문제를 실제 사례에서 판단하는 것은 쉽지 않은 일이며, 이미 이와 관련한 적지 않은 문제들이 발생하고 있다.

더 나아가, 우리 신탁법의 정의는 신탁과 유사 법률관계의 구별에 있어서 충분한 기준이 되어주고 있지는 못한 것으로 판단된다. 증여, 임치, 위임, 대리는 우리 사법의 재산 관리 계약에 있어서 가장 기본 구성요소가 되는 법률행위라 할 것이다. 실제 거래에서의 많은 경우 법률관계는

⁸⁴ 최수정, *전개서* 67. 7-8 면

⁸⁵ 新井 誠에 따르면 이러한 이유로 인해서 독일에서는 간접대리의 일부를 신탁으로 보려는 견해가 존재한다고 한다. 新井 誠, *supra* note 33. at 113-114

이러한 기본적인 법률관계들의 결합으로 이루어져 있고, 앞서 살펴본 바와 같이, 이를 외부 구조의 비교를 통해서 신탁과 구별하는 것은 쉬운 일은 아니다. 그리고, 이러한 지점에서 우리 신탁법의 구조적 정의의 한계가 존재한다.

이와 같은 어려움은 신탁이 우리법에서 생성·발전해온 제도가 아니라, 다른 법역으로부터 수입된 제도이고, 구체적인 사례들을 해결할 수 있는 만큼의 고민이 축적되지 않았음으로부터 부분적으로 기인한다. 따라서 일단 우리 신탁법의 모태가 되는 영국 신탁의 정의에 대한 논의를 파악하는 것이 우리가 현재 겪고 있거나 겪게 될 신탁 정의의 문제들에 대한 해결의 실마리를 찾는 효율적인 접근 방법이 될 것이다.

II. 영국과 미국의 신탁의 정의

1. 신탁 정의와 그 기원

가. 신탁 정의의 어려움

대륙법적 시각에서 영국 신탁의 정의에 대한 확립된 이론을 확인하는 것은 쉬운 일이 아니다. 신탁 자체가 판례법 국가인 영국에서 축적된 판례를 통해서 발전되고 분류되어 왔기 때문에 대륙법의 관점에서 기대하는 성문법에 의한 통일된 정의나 분류를 확정하기는 쉽지 않다.⁸⁶ 판례의 구체적인 사실관계와 당시 형평법 법원장의 판단 경향에 따라 내용적

⁸⁶ 신탁은 의회입법이 아니라 판사들에 의해서 만들어진 것이기 때문에 권위있는 단일한 정의가 내려지기 어렵다고 한다. GARDNER, *supra* note 42. at 1

차이가 있는 결과들도 있기 때문에 온전히 획일적인 신탁의 정의를 내리는 것은 무리한 결론으로 이어질 가능성이 높다.

위와 같은 어려움으로 인해 앞서 살펴본 바와 같이 대륙법계 학자들의 신탁 관련 문헌에서는 대부분 신탁의 구성요소를 중심으로 한 구조적인 정의만을 내리고 있는 경우가 많다.

실상, 신탁의 획일적인 정의가 어려운 것은 신탁을 수입한 대륙법계만의 문제는 아니다. 영국 문헌의 경우에도 역사적인 배경을 바탕으로 한 형평법에서의 신탁의 의의와 기본 구조만을 설명할 뿐 포괄적이고 일관적인 구체적 정의는 따로 설명하지 않고 주요 판례의 내용을 중심으로 설명하는 방식을 주로 취하고 있다.

Hayton 은 불분명한 신탁의 정의는 신탁의 실질적인 활용과 유연성으로 인한 것이라고 하고,⁸⁷ 신탁이 어떤 상황에서 발생하는지는 사례를 통해서 설명할 수는 있으나 신탁처럼 유연한 개념을 정의하는 것은 불가능하고, 신탁에 대한 정의의 정확한 틀(frame)을 짜는 것이 가능하다고 가정하더라도 영국법의 특성상 ‘정의가 규정을 만드는 것은 아니기 때문에’, 이는 실질적으로 큰 가치가 있는 일은 아니라고 설명하고 있다.⁸⁸

나. 신탁 기원의 중요성

그럼에도 불구하고, 영미 신탁에도 당연히 신탁의 정의는 존재한다. 다만, 앞서 언급한 Hayton 의 말처럼 정의 그 자체만으로는 그 의미를 구체적으로 알기 어렵다. 대신, 영미의 주요 신탁 문헌들에서는 서두에서 신탁의 기원과 발전 과정에 대한 내용을 중요하게 다루고 있다. 신탁의 역사를 살펴보면, 신탁은 사적 자치만으로는 당사자들의 불균형과 부정의한 결과를 피할 수 없는 상황에서 법원이 개입하여 형성된 제도라는

⁸⁷ MCFARLANE AND MITCHELL, *supra* note 3. para 1-041

⁸⁸ *Id.* para 1-002~1-004

것을 확인할 수 있다. 그렇기 때문에 대상 재산에 대하여는 강력한 보호가 확보되고 수탁자에게는 강한 의무가 부과되어 있는 것이다.⁸⁹

그리고, 특정 상황에서는 법원 또는 법의 개입 필요성이 클 경우 당사자의 의사와 상관없이 법원은 신탁을 성립시키게 되고, 이는 우리에게 친숙하지 않은 의제신탁의 분화로 이어진다. 따라서, 근래 조금씩 논의되고 있는 일부 의제신탁에 대한 도입론 또는 신탁의 범위에 대한 논의에 있어서도 신탁의 기원과 발전 과정에 대한 논의는 많은 의미를 가진다.

2. 영국 신탁의 정의

가. 영국 신탁의 기원

(1) Use 의 기원⁹⁰

⁸⁹ 이러한 신탁 재산에 대한 강력한 보호와 수탁자에 대한 강력한 의무의 부과가 신탁의 본질에 해당한다. 동지의 논의로 GERAINT THOMAS & ALASTAIR HUDSON, THE LAW OF TRUSTS (2nd ed. 2010). at 11-19

⁹⁰ 신탁과 신탁의 기원인 Use 의 역사와 의의에 관련해서는 기존의 일본 문헌들과 국내 문헌에서 자세히 설명하고 있으므로 본 연구에서는 필요 부분만을 간략히 설명하도록 한다. 보다 자세한 설명을 제공하는 국내 문헌으로는 이연갑, 신탁법상 신탁의 구조와 수익자 보호에 관한 비교법적 연구, 2009 9-25 면; 이계정, 신탁의 기본 법리에 관한 연구 -본질과 독립재산성, 2016. 14-18 면; 영국 문헌으로는 JOHN BAKER, INTRODUCTION TO ENGLISH LEGAL HISTORY (Fifth ed. 2019).

영국 신탁의 정의는 신탁의 역사를 통해서 그 윤곽을 확인할 수 있다. 신탁의 초기 형태인 Use 의 기원에 대해서는 여러가지 설이 있다. 주로 언급되는 것으로는 십자군 원정을 떠나는 사람들이 자신의 토지를 맡길 사람이 필요했지만 여성에게는 토지가 상속되지 않기 때문에 친구에게 맡기면서 토지의 관리와 수익을 남은 가족을 위해서 행하고, 자신이 돌아오면 토지를 돌려줄 것을 약속한 것이 기원이라는 설과 무소유와 청빈을 맹세한 프란체스코 수도사들이 수도원과 수도사들의 생활 유지를 위해서 수도사가 되기 전에 소유하고 있던 재산을 수도사가 아닌 사람에게 맡기던 것이 시초라는 이야기도 있다.⁹¹ 이와 함께, 신탁 또한 기존의 로마법 제도의 영향을 받은 것이라는 설과,⁹² 12 세기 이슬람에서 가족의 재산을 가족의 일원이 나머지 가족 구성원들을 위해서 관리하던 제도인 Waqf 의 영향을 받은 것이라는 주장도 빈번히 제기되고 있다.⁹³

위의 기원설 중 어떤 것을 따르더라도 최초의 신탁은 자신들에게 불리한 상속 기타 규정을 회피하는 것을 목적으로 하거나 또는 피치못할 사정으로 가족의 재산을 타인 또는 가족구성원 중 1 인에게 맡기고 그 재산을 약속대로 관리해줄 것을 신뢰(Trust)하는 상황에서 발생하였다는 점에서는 큰 차이가 없다. 이러한 상황에서 관련 규정이나 장애를 회피

⁹¹ 위 내용은 주로 Hudson 을 참조한 것이나, 대부분의 영국 문헌들이 F. W. Maitland 를 인용하여 설명하기 때문에 내용 상 큰 차이는 없다. 참조 HUDSON, *supra* note 3. at 41-43

⁹² 유럽 대륙 내에서도 동일 시기에 신탁과 유사하게 가족의 재산을 관리하기 위한 목적으로 "confidentia"라는 제도가 쓰이고 있었다고 하며, 신탁이 영국만의 특유한 독자적인 제도라기보다는 다른 대륙법을 기반한 제도의 영향을 받은 것'이라는 주장으로는 Lupoi, *supra* note 40. at 973-975

⁹³ 신탁의 Waqf 기원 또는 영향설은 각종 문헌에서 나타나고 있고, Waqf 와의 비교를 통해서 신탁의 특징을 확인하고자 하는 연구도 적지 않게 이루어져 있다. 예로는 Mohammad Abdullah, *Waqf versus implied trust: a comparison of form and substance*, 22 TRUST. TRUST. at 336-344.

하면서 타인(수탁자)에게 재산을 맡기기 위해서는 형식적, 표면적으로 완전한 재산권의 이전이 이루어져야만 했고, 그 속에서도 대상 재산의 수익권은 재산을 맡긴 자 또는 그 가족(수익자)에게 귀속되는 것으로 약정하였기 때문에, 이는 수익자와 수탁자의 재산권의 분열(Split of ownership of property)로 이어졌다고 한다.

(2) 형평법(Equity)의 개입

위와 같은 방식에서는 수탁자가 표면상 대상 재산을 온전히 소유하고, 수탁자가 수익자를 위해서 재산을 관리한다는 것은 오로지 신뢰(Trust)를 기반으로 하는 약속 밖에는 없었다. 이로 인해 재산을 맡은 자(수탁자)가 신탁상 약속을 지키지 않고, 대상 재산을 온전히 자신의 소유로 하거나 자신의 이익을 위해서만 사용하는 경우가 빈발하게 되었다. 그러나 당시 보통법 법원의 writ 시스템(Writ system)에 의하면 신탁이라는 행위는 법적 규율의 대상으로 아예 존재조차 하지 않았기 때문에, 위와 같은 신탁 행위를 증여로 볼 수밖에 없는 이유로 신뢰를 배신당한 위탁자나 수익자들은 그 피해를 복구할 수 있는 방법이 없었다.

이에 분노한 위탁자들은 정의의 수호자인 왕에게 진정하러 갔고, 왕은 자신의 종교 스승이자 성직자이며, 로마법과 교회법(Canon Law)에 대한 지식이 있던 찬슬러(chancellor)에게 사건의 해결을 맡겼다. 이에 찬슬러는 형식이 아닌 정의로운 형평(Equity)에 따라 사안을 해결하였고, 이러

한 역사를 통해 신탁과 형평법(Equity)이 발전하게 되었다.^{94, 95} 결국이
는 신탁의 의무적·구제수단적·결과적·비경직적 성격으로 연결되었다.

나. 영국 문헌에서의 신탁의 정의

위와 같은 역사적 배경 하에서 초기 신탁 성립 범위의 광대함과 불명확
한 정의 등으로 인하여 영국 문헌에서는 모든 종류의 신탁을 포괄하는
일반적인 정의를 내리는 데에 매우 신중한 태도를 보이고 있다.⁹⁶

개별적인 판례와 영국 문헌에서 설명하는 신탁의 정의 방식과 내용은
“개별적인 채슬러들의 정의에 대한 관념과 영향력에 따라 형평의 내용이
달라졌던” 형평법⁹⁷으로 인해서 조금씩 차이가 있을 수밖에 없다.

그러나, 신탁의 본질적인 정의를 ‘특정한 관계’(Relationship)에서의
‘형평법적 의무’(Equitable Obligation)라고 설명하는 점에서는 큰 차이가
없다.

⁹⁴ 당시 왕이 채슬러에게 사안의 해결을 맡긴 이유는 전염병으로 왕이 성을 떠나 있던 상황 때문이었다는 설이 있다. 또한, 채슬러가 사용한 형평(Equity)이라는 용어는 토마스 아퀴나스의 신학대전(Summa Theologica)에서 차용한 것이라고 의견이 있다. 형평법과 신탁의 기원과 초기 역사에 대한 보다 자세한 내용은 BAKER, *supra* note 90.

⁹⁵ 위와 같은 내용은 Equity와 관련한 각 문헌에서 동일하게 설명하고 있다. 위 내용은 주로 Hayton을 참조하였다. MCFARLANE AND MITCHELL, *supra* note 3. Para 1-002~1-010

⁹⁶ 이에 대해 Hayton은 유사 정의(Quasi-definition)라는 용어까지 사용하면서 신탁의 일반적인 정의를 내리는 것의 어려움을 강조하고 있다.

Id.

⁹⁷ *Id.* para 1-003

Underhill 과 Hayton 은 판례를 인용하여 “신탁이란 다른 사람(수익자)의 이익을 위해서 재산(신탁재산)을 관리하는 자(수탁자)에게 부과되는 형평법적 의무(Equitable Obligation)를 의미하고, 수탁자가 법이나 신탁 내용을 위반하거나 태만을 저지르는 것을 신탁 의무 위반(Breach of trust)이라고 한다”고 정의하고 있다.⁹⁸

Hudson⁹⁹ 도 Thomas 와 Hudson 을¹⁰⁰ 인용하여 “신탁의 본질(essence)은 특정 재산에 대한 형평법상의 이익 보유자(수익자)를 위해서 그 재산을 법적으로 소유하는 자(Legal owner)가 선량한 양심에 따라(In good conscience) 그 재산을 관리하게 하기 위한 형평법적 의무(Equitable Obligation)의 부과”라고 설명하고 있다.

Moffat 또한 Lewin¹⁰¹ 을 인용하면서 신탁의 실무적인 정의는 “수탁자에게 부과되는 의무 또는 의무들의 총합”을 의미한다고 설명하고 있다¹⁰². 이와 달리 미국의 Scott 그리고, Keaton 과 Sheridan 은¹⁰³ ‘다른 이를 위해서 특정 재산을 관리 보유해야 하는 자(수탁자)에게 형평법적 의무를 부과하는 관계(Relationship)’라고 정의하고 있다.

또한, 이를 좀더 대륙법에 친숙한 방식으로 설명한 예로 Gardner 는 ‘신탁은 재산을 누군가(수탁자)에게 이전하고, 이전 받은 수탁자는 법적인 의무를 지는 상황(situation)이고, 이때 수탁자의 의무에는 최소한 어떠한 물권적인 내용이 포함되어 있고, 개인적인 이익을 배제하고 특정

⁹⁸ Re Marshall's Will Trusts [1945] Ch. 217 at 219, DAVID HAYTON, PAUL MATTEWS & CHARLES MITCHELL, UNDERHILL AND HAYTON: LAW OF TRUSTS AND TRUSTEES (19 ed. 2016). at 5

⁹⁹ HUDSON, *supra* note 3. at 39

¹⁰⁰ THOMAS AND HUDSON, *supra* note 89. at 10-11

¹⁰¹ ROBERT RENNIE ET AL., LEWIN ON TRUSTS (18 ed. 2006).

¹⁰² GARTON ET AL., *supra* note 3. at 3

¹⁰³ GEORGE WILLIAMS KEETON & L.A. SHERIDAN, LAW OF TRUSTS (12th ed. 1993). at 3

방식으로 자산을 관리하는 내용이 포함되어 있다. 그리고, 이러한 의무들은 재산의 이전 소유자(위탁자)의 의식적인 설정에 의해서 발생하기도 하고, 또는, 법적으로 특정한 상황에서 생기기도 한다¹⁰⁴’라고 정의하고 있다.¹⁰⁵

상기 정의들에서 ‘의무’, ‘의무의 부과’, ‘의무가 부과되는 관계’의 차이는 있으나, ‘특정한 관계에서 수탁자에게 부과되는 형평법적 의무’나 ‘수탁자에게 형평법적 의무가 부과되는 특정한 관계’라는 정의 모두 그 의미의 중심이 수탁자에 대한 형평법적 의무라는 점에서는 차이가 없다고 보아도 큰 무리는 없을 것이다.¹⁰⁶

이를 앞서 설명한 우리 신탁법을 비롯한 대륙법의 신탁의 정의와 비교하면, 대륙법계의 정의는 신탁의 외부적 구조를 설명하는 것에 중점을 두었고, 영국 신탁의 정의는 법의 개입에 의한 의무 부과에 중점을 두었다는 것을 알 수 있다. 앞서 신탁의 역사에서 설명하였듯이, 신탁의 기원이 다른 사람의 이익을 위해서 재산을 보유하고 있는 사람이 쉽게 저지를 수 있는 의무(약속) 위반과, 그 위반 상황에서 수익자의 구제 수단의 불충분을 해결하기 위한 것이었음을 고려하면, 신탁의 본질이 ‘수탁자에 대한 형평법적 의무 부과(또는 의무가 부과되어야 하는 관계)’라는 점을 이해할 수 있다.

¹⁰⁴ 마지막 문장은 의사신탁과 법정신탁을 분류·설명하고 있다.

¹⁰⁵ Gardner 또한 다른 영국 학자들과 마찬가지로, 신탁의 획일적인 정의는 가능하지 않고, 그 실질적인 의미도 크지 않다고 하고 있지만, 논의의 시작을 위한 기준으로서 상기의 정의를 제시하고 있다. GARDNER, *supra* note 42. at 1-2

¹⁰⁶ Scott 은 이와는 달리 관계와 의무를 구별하고 있다. Scott 에 의하면 신탁에서 의무는 관계를 구성하는 일부 요소에 불과하기 때문에, 신탁을 의무라고 정의하는 것은 편협한(narrow) 설명이라고 한다. SCOTT, FRATCHER, AND ASCHER, *supra* note 26. at 37

3. 미국 신탁의 정의

가. 미국 신탁의 역사

미국 신탁은 영국 신탁을 모체로 하여, 신탁의 정의와 규정에 있어서 많은 부분 영국 신탁의 영향을 받았다. 일례로 Sitkoff 는 신탁을 기능적으로 정의하면 “위탁자가 수탁자로 하여금 수익자를 위해서 신탁 재산을 보유하게 하는 신인의무(fiduciary duty)를 지게 하는 법적 협의(legal arrangement)를 설정하는 것”이라고 설명하고 있는데,¹⁰⁷ 이는 앞서 설명한 영국 학자들의 설명과 유의미한 차이를 보이지는 않는다. 하지만 미국 신탁은 그 발전과정에서 영국과는 다른 과정을 거쳤다.

형평법은 미국 식민지(American Colonies) 초기 시절부터 미국에 존재하고 있었다. 다만 초기 일부 식민지에서는 왕실의 대권(Royal Prerogative)과 연결된 형평법에 대해서 유보적인 태도를 취하고 있었기 때문에 형평법이 영국만큼 크게 활용되거나 인정되지는 않았으나, 이후 형평법이 미국 식민지 전반에 넓게 받아들여지면서 이와 함께 신탁도 받아들여지게 되었다.

당시의 영국과 달리 미국 식민지 시절에는 신탁이 그리 많이 사용되지 않았고, 이와 관련된 역사도 많이 남아 있지는 않다.¹⁰⁸ 그러나 이후 전반적으로 그 활용이 늘어나게 되었고, 신탁은 일상적 거래와 금융 등 사회 전반에 있어서 광범위하게 사용되게 되었다.

이러한 광범위한 사용으로 인해서 상법 등의 다른 거래법들과 마찬가지로, 각 주별로 차이가 있는 신탁법의 통합의 필요성이 부각되었다. 이

¹⁰⁷ JESSE DUKEMINIER & ROBERT H. SITKOFF, WILLS, TRUSTS AND ESTATES (9 ed. 2013). at 385

¹⁰⁸ SCOTT, FRATCHER, AND ASCHER, *supra* note 26. at 24-25

러한 필요에 대응하여 미국의 신탁법은 신탁법 리스테이트먼트(Restatement of Trust)와 1 차 2 차 리스테이트먼트 작업의 기초자(Repoter)였던 하버드대의 Austin Wakeman Scott 교수¹⁰⁹의 연구서(treatise)¹¹⁰의 주도로 정리되기 시작했고, 이후 여러 개별 성문법으로 일부 내용이 규정되다가, 통일신탁법(2000 of the Uniform Trust Code)으로 부분적인 성문법적 성격도 가지게 되었다.¹¹¹

나. 리스테이트먼트상의 신탁의 정의

영국 신탁의 경우 신탁 전반을 아우르는 기준이 되는 성문법은 찾기 어려우나, 미국 신탁의 경우에는 통일신탁법(Uniform Trust Code)과 신탁법에 대한 리스테이트먼트(Restatement of the Trust)가 존재하기 때문에, 이를 통해 명문화된 신탁의 개념과 정의를 살펴볼 수 있다.

우리나라와 미국을 포함하여 신탁을 성문법 또는 리스테이트먼트와 같은 문서들로 정의하고 있는 법제에서는 앞에서 설명한 가장 넓은 의미의 일반적이고 포괄적인 신탁의 정의를 명문으로 채택하는 것보다는, 의사신탁(express trust)을 다른 신탁들로부터 분리하여 정의하고 있는 경우가 대부분이다. 또한 이러한 의사신탁의 정의를 내리는 방식도 직접적으로 신탁을 정의하고 있다기보다는 신탁 설정 방법을 통해 그 정의를 유

¹⁰⁹ 참고로 Scott 교수는 Warren Seavey 와 함께 the 1937 Restatement of Restitution 의 기초자(reporter)이기도 하다. Andrew Kull, *Three Restatements of Restitution*, 68 WASH. LEE L. REV (2011). at 868

¹¹⁰ Sitkoff 가 언급한 Scott 의 연구서는 AUSTIN WAKEMAN SCOTT, WILLIAM FRANKLIN FRATCHER & MARK L. ASCHER, SCOTT AND ASCHER ON TRUSTS VOLUME 1 (Fifth ed. 2006)를 의미한다.

¹¹¹ DUKEMINIER AND SITKOFF, *supra* note 107. at 387-391

추하도록 하거나, 이를 설정방법에 부수하여 설명하고 있는 것에 그치는 경우가 많다.¹¹²

미국 신탁법과 관련하여 의사신탁의 정의를 가장 명확하게 제시하고 있는 것은 미국 신탁법 리스테인먼트 제 2 조 신탁의 정의(Definition of Trust)일 것이다. 해당 조항에서는 복귀(resulting) 신탁과 의제(constructive) 신탁이 아닌 의사신탁은 법률관계(relationship)를 설정하려는 의사의 선언을 통해서 발생하는 ‘재산과 관련한 신인 관계’(fiduciary relationship with respect to property)를 의미하고, 이러한 신인 관계는 해당 재산의 권리를 보유한 자에게 자선의 목적이거나 다른 사람들을 위해서 해당 재산을 관리할 것을 지시한다고 하며, 관리 지시의 목적이 되는 사람들(수익자) 중 최소한 한 명은 수탁자여서는 안된다고 정의하고 있다.¹¹³

Scott 에 따르면, 이러한 정의는 의사신탁의 5 가지 본질적인 특성을 보여주는 것이고, 이는 ① 신탁은 관계(relationship)이고, ② 이러한 관계는 신인의무(fiduciary)적 성격을 가지고 있으며, ③ 이는 재산과 관련한 관계이지, 오로지 대인적 의무(personal duties)만에 대한 관계는 아니며, ④ 신탁은 해당 재산을 수익자나 자선을 위해서 보유하고 있는 자(수탁자)에게 의무를 부과하고, ⑤이러한 관계는 관계를 설정하려는 당사자의

¹¹² 예로는 NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE, *UNIFORM TRUST CODE (Last Revised or Amended in 2010) WITH PREFATORY NOTE AND COMMENTS*. section 401, 우리 신탁법 제 2 조도 이런 맥락으로 볼 수 있다.

¹¹³ 해당 조항에 대한 코멘트에 따르면 현대의 보통법(common law)과 성문법에서는 신탁을 신탁재산과 이와 관련한 수탁자와 수익자 간의 신인관계로 구성된 하나의 법적 독립체(legal entity)로 인식하는 경향이 있다고 한다.

RESTATEMENT (THIRD) OF TRUST, *supra* note 7. § 2. cmt

설정 의사의 표시¹¹⁴를 통해서만 만들어져야 하는 것이라고 설명하고 있다.

III . 소결: 신탁의 본질과 본질 요소

1. 본질(essence)의 정의와 기능

앞서 살펴보았듯이 영미 문헌은 신탁의 정의를 설명하면서, ‘신탁의 본질(本質, essence)’이라는 표현을 주로 사용하고 있다. 신탁의 본질이란 법에서 규정하고 있는 용어는 아니며, 각 문헌이나 판례에 따라서 그 의미가 조금씩 바뀐다. 이는 신탁의 정의를 의미하는 것일 수도 있고, 이와 동시에 신탁의 필수적인 성립요건을 의미하는 것일 수도 있다. 또는, 이는 다른 의미로는 신탁을 다른 법률관계로부터 구별시켜주는 기준이 되기도 한다.

Thomas 와 Hudson 은 신탁의 본질은 ‘형평법적 의무의 부과’라고 하면서, 이러한 본질의 중요한 요소(본질 요소) 4 가지는 “형평법적일 것, 수익자에게 물권적 이익¹¹⁵을 부여할 것, 수탁자에게 의무를 부여할 것, 그러한 의무는 신인의무일 것”이라고 설명하면서,¹¹⁶ 신탁의 본질과 본질 요소를 신탁을 특징짓는 요소로 설명하고 있다. 또한, Gardner 는 신탁의

¹¹⁴ SCOTT, FRATCHER, AND ASCHER, *supra* note 26. at 35-36; 당사자 설정 의사에 대한 보다 자세한 설명은 제 4 장 4 절에서 다루도록 한다.

¹¹⁵ 수익자 수익권의 물권적 성격에 대한 논의는 본 연구의 범위를 벗어나기 때문에, 간략히 이전의 주요 연구들을 언급하는 것으로 갈음한다. 관련 국내 주요 문헌은 이계정, *전제* 논문 90; 이계정, 신탁의 수익권의 성질에 관한 연구, 77 민사법학 (2016).

¹¹⁶ THOMAS AND HUDSON, *supra* note 89. at 10-12

본질(the essentials of trusts)이라는 용어를 신탁이 성립하기 위한 필수적인 요소나 성립요건의 의미로 사용하고 있다.¹¹⁷

일본 문헌에서 ‘신탁의 본질(本質)’이라는 용어는 신탁 성립의 판단 기준의 의미로 자주 사용되는 표현으로, 주로 四宮를 인용한 논문들에서 많이 사용된다.¹¹⁸ 국내 문헌의 경우 대표적으로 이계정은 “신탁 본질의 논의 실익은 해당 신탁의 유효성 여부에 대한 판단의 기준 그리고, 수탁자와 수익자의 권리 의무의 성격을 확인할 수 있게 해준다”고 설명하고 있다.¹¹⁹

위와 같이 신탁의 본질이 신탁의 특성을 의미하고, 신탁의 본질 요소가 신탁이 성립하기 위한 필수적인 요소를 의미하는 것이라면, 신탁의 본질 요소 중 신탁만에 존재하는 고유한 요소들은 신탁을 다른 법률관계로부터 구별시켜주는 기능 또한 가지게 된다.

앞서 살펴보았듯이 우리 신탁법의 정의조항은 신탁을 다른 법률관계로부터 구별시켜주는 기준으로는 불충분하다. 이는 신탁의 정의조항을 구성하는 요소들이 신탁의 고유한 본질 요소를 명확하게 특정하고 있지 못하다는 의미일 수도 있다.

2. 신탁의 고유한 본질 요소

논의의 전개를 위해서 앞서 논의한 Scott 과 Thomas 와 Hudson 이 제시한 본질 요소를 중심으로 우리 신탁법에서 참조할 수 있는 본질 요소를 확인해보도록 한다.

¹¹⁷ GARDNER, *supra* note 42. at 17-18

¹¹⁸ 四宮和夫, *supra* note 7.

¹¹⁹ 이계정, *전제논문* 90. 12 면

우선, Thomas 와 Hudson 은 신탁은 형평법적인 것이어야 한다고 설명하고 있지만, 일단 우리법에서 ‘형평법적’이라는 기준은 사용하기 적절하지 않다.¹²⁰

다음으로 수탁자에 대한 의무 부과와 이러한 의무를 부과하는 관계 그리고, 수익자의 이익을 위한 관계(또는 수익자에게 이익을 부여)라는 요소는 우리 신탁법 정의조항에서도 포함하고 있다. 그러나, 구별 기준으로 사용하기에는 그 의미가 너무 광범위하고 명확하지가 않다.

대부분의 법률관계는 당사자에게 의무를 부과하고 있으며, 수익자에게 이익을 부여하는 것만으로는 신탁을 제 3 자를 위한 계약과 외부적으로 구별할 수 없다. ‘의무’나 ‘이익’이라는 너무 넓은 개념으로는 신탁을 확인할 수 없고, 이를 좀더 특정해야만 한다.

앞서 논의한 영미 문헌에서의 논의와 관련 판례를 통해서 ‘의무’와 ‘이익’을 좀더 구체화하는 본질 요소를 확인하면, ‘신인관계에 따른 수탁자에 대한 신인의무 부과’와 ‘수익자에 대한 물권적 이익의 부여’를 찾을 수 있다.

뒤에서 살펴보겠지만, 상기 두 본질요소는 모두 다른 법률관계에서 찾기 어려운 신탁의 고유한 특성에 해당할 가능성이 높다. 그러나, ‘신인관계에 따른 수탁자에 대한 신인의무 부과’의 경우에는 우리법에서 잘 사용하고 있지 않은 ‘신인관계’와 ‘신인의무’라는 개념 표지를 어떻게 정의하고 어떻게 확인할 것인지의 문제가 있으며, ‘물권적 이익’의 경우에도 이를 정의한다고 하더라도 어떻게 외부적으로 확인할 수 있는 것인지의 문제가 남는다.

¹²⁰ 영국에서도 신탁을 형평법의 소산이라는 표현들은 자주 사용하지만, ‘신탁이 형평법적인 것이어야만 한다’는 주장이 일반적이지는 않다. Gardner 는 ‘신탁이 형평법적인 것’이라는 개념에 대해서 부정적인 의견을 표하고 있다. GARDNER, *supra* note 42. at 18-25

따라서, 본 장의 후반에서는 우선 신탁의 성립 범위를 설명하고, 상기 본질 요소에 대한 구체적인 내용으로 제 3 장에서는 상기 본질요소의 고유한 특성 여부와 의의를 제 4 장에서는 신탁 설정 의사를 중심으로 상기 본질요소의 확인 필요성을 그리고, 제 5 장에서는 영미 주요 판례를 중심으로 상기 본질요소를 활용하여 신탁 설정 의사를 확정하고 신탁을 확인하는 방법에 대해서 설명하도록 한다.

第 3 節 신탁의 범위와 분류

I. 신탁의 기본적인 분류와 용례

1. 신탁의 분류

가. 분류의 기준들

우리 신탁법에서의 신탁의 범위를 확인하기 위해서는 우선 그 범위의 포섭 대상이 되는 신탁의 종류를 확인해야 한다.

신탁의 종류를 나누는 작업인 신탁의 분류(classification)는 법역과 그 기준에 따라 다양하게 이루어진다.

일본이나 한국 문헌에서는 신탁의 형식적·구조적 기준에 따라 분류하고 있는데, 일반적인 기준들은 이하와 같다. 신탁의 설정 방법에 따라 계약(契約)신탁, 유언(遺言)신탁, 신탁선언(自己宣言)신탁으로, 수탁자의 신탁재산에 대한 적극적 처분권 등의 유무에 따라 수동(受動)신탁¹²¹과 능동(能動)신탁으로, 위탁자와 수익자의 관계에 따라 자익(自益)신탁, 타익(他益)신탁으로, 신탁 목적의 공익성 여부에 따라 공익(公益)신탁과 사

¹²¹ 수동신탁에 대한 자세한 논의는 담보신탁 부분에서 다루도록 한다.

익(私益)신탁으로, 수탁자가 신탁을 업으로 하는 자인지에 따라서 영업(營業)신탁과 비영업(非營業)신탁 등으로 나누고 있다.¹²²

상기 기준들의 대부분은 그 기준과 용어의 의미가 명확하여 대륙법계 국가의 법조인에게는 익숙한 기준이며, 이해하기 어려운 부분은 많지 않다. 신탁의 대상 재산이나 목적, 신탁 의무의 내용 등에 따라서 분류되는 신탁들의 국내법상 활용 가능 여부는 법리적인 문제라기 보다는 정책적 판단의 문제인 경우가 대부분이다.

그러나 신탁 설정 의사의 유무에 따른 의사(意思)신탁(임의(任意), 설정(設定) 또는 표현(表現)신탁, Express Trust)과 법정(法定)신탁(해석(解釋)신탁, Implied Trust, Imputed Trust¹²³)의 분류와 구별은 한국과 일본에서는 그 실질적인 의미를 파악하기 어려운 측면이 있다.

특히나 당사자의 신탁 설정의사 없이 법원에 의해서 부과(Implied, Imputed)되는 의제신탁은 우리법 체계에서는 그 논의의 필요성조차 쉽게 이해하기 어려운 측면이 있다. 하지만 이러한 신탁 설정 의사의 유무에 따른 분류 기준은 영미 신탁의 분류에 있어서 가장 중요한 기초가 되는 부분인 만큼 우리 신탁법에 있어서도 기본적인 의사신탁이 어느 범위까지 성립할 수 있는지에 대한 중요한 기준으로 참조할 수 있다. 또한,

¹²² 이외에 상사(商事)신탁, 민사(民事)신탁, 개별(個別)신탁, 집단(集團)신탁, 금융(金融)신탁, 부동산(不動產)신탁 등의 구별이 있는데, 대부분 단어의 의미만으로도 명확하게 구별이 된다. 이러한 구별 방식에 통일된 기준이나 통일된 용어가 있는 것은 아니나, 일본 문헌과 이를 참조한 한국 문헌들에서의 분류들을 살펴보면 몇몇 용어가 개별적으로 다른 경우는 있으나 중요한 의미에 있어서 차이는 크지 않은 것으로 보인다. 예로는, 新井 誠, 信託法(第2版), 有斐閣, 2005, 神田秀樹, 折原 誠, 信託法講義, 弘文堂, 2014,

¹²³ 저자에 따라서 Implied Trust(Hayton, Hudson) 또는 Imputed Trust(Moffat)라고 표현하나 대체적으로 의미에 큰 차이는 없는 것으로 보인다. 최근의 문헌에서는 Implied Trust 라는 표현이 좀 더 많이 사용되는 것으로 보인다.

의제신탁에 대한 검토를 통해서 우리법에서의 신탁의 의의와 신탁의 본질적 정의에 대한 이해를 심화시킬 수 있다.¹²⁴

나. 신탁 설정의사에 따른 분류

신탁을 소개하는 일본 문헌들이나 국내 문헌의 경우 영국 신탁에서 가장 기초적인 분류 기준이 되는 ‘당사자의 신탁 설정 의사 유무’에 따른 분류는 자세히 다루고 있지 않은 경우도 많다.¹²⁵

대부분의 영미의 신탁 관련 주요 문헌에 따르면, 신탁의 분류에 대한 명확하게 통일된 기준이나 확립된 용어의 정리는 확인하기 어렵다고는^{126, 127} 하지만 가장 큰 분류 기준으로서 신탁 설정 의사의 유무에 따른 분류를 제시하는 데에는 일치하고 있다.¹²⁸

¹²⁴ Worthington 에 따르면, 의사신탁의 기저에 깔린 생각(본질)을 확인하면 의제신탁을 쉽게 이해할 수 있다고 한다. SARAH WORTHINGTON, EQUITY (2nd ed. 2006). at 68

¹²⁵ 이러한 상황의 원인은 여러가지로 추론해볼 수 있지만, 신탁의 성립이 주로 계약을 통해서 이루어지는 일본 신탁법의 특성에 기인한 부분이 크다고 보인다. 참고로, 星野 豊은 의사신탁과 의제신탁을 신탁의 발생원인에 따른 차이로 분류하였다. 星野 豊, 信託法理論の形成と応用 (2004). at 183

¹²⁶ MCFARLANE AND MITCHELL, *supra* note 3., at 43

¹²⁷ 이는 신탁만의 문제가 아니라 형평법(Equity)을 기반으로 발전된 법기구나 법용어들에서 많이 발견되는 현상이다. 특히, 확정된 성문법(Statute) 상의 분류와 용어가 정리되어 있지 않고 오랜 기간 판례를 중심으로 발전된 법기구들의 경우에는 시대별, 판사별로 사용한 정의와 분류에서 조금씩 차이가 있기 때문에 이러한 현상이 더 자주 나타난다.

¹²⁸ 전부라고 해도 과언이 아니다. HAYTON AND MITCHELL, *supra* note 2; HUDSON, *supra* note 2; GARTON ET AL., *supra* note 2; SCOTT, FRATCHER, AND ASCHER, *supra* note 34.; PETTIT, *supra* note 67.

이러한 분류 방식은 몇몇 학자의 학문적 성취를 통해서 이루어진 것이 아니라 형평법 법원의 판례의 축적 과정에서의 논의와 관련 성문법의 제정 등을 통해서 구축된 것이다. 그리고, 보다 근본적으로는 ‘어디까지 신탁의 성립이 인정될 수 있는가’라는 실질적인 질문에 대한 응답으로 형성된 측면이 크다. 따라서 이러한 신탁 분류 이론의 발전 과정에 대한 고찰은 신탁의 성립 범위에 대한 연구에 있어서도 그 중요성이 크다고 할 것이다.

주의해야할 점은 의사신탁이 아닌 법정신탁(Implied Trust), 묵시 의사신탁 등의 다른 신탁들의 경우에는 영국 문헌과 판례에서조차 사용하는 용어와 정의들이 통일되어 있지 않다는 점이다.

이러한 정의 및 분류상의 혼란은 판례의 축적에 따라 어느 정도 정리가 되었다고는 하지만, 이는 과거에 비해 상대적인 의미일 뿐이다. 일례로 비교적 최근의 주요 판례에서조차도 “이 법 분야에서의 용례(Terminology)와 분류(Taxonomy)는 단일하게 정리되었다고 볼 수 없다”는 판시 내용이 나타나고 있고,¹²⁹ 적지 않은 문헌에서도 신탁 분류의 명칭(Label)보다는 그 내용의 실질(substance)을 중시해야 한다고 설명함으로써¹³⁰ 일률적인 용어의 정리를 일정 부분 포기하고 있다.

2. 의사신탁과 법정신탁 그리고, 의제신탁

¹²⁹ “the Terminology and taxonomy of this part of the law are...far from uniform” Lord Walker in *Thorner v Major* [2009] UKHR 18, {2009} 1 WLR 76

¹³⁰ 예로는 Paul Matthews, *The Words Which Are Not There: A Partial History of the Constructive Trust, in* CONSTRUCTIVE AND RESULTING TRUSTS (Charles Mitchell ed., 2009).

가. 의사신탁(Express Trust)

(1) 의사신탁의 정의와 범위

(가) 의사신탁의 정의

신탁 설정의사에 따른 분류에 있어서 가장 기본이 되는 신탁은 의사신탁(Express Trust)이다. Express Trust 는 일반적으로 위탁자가 신탁 또는 신탁과 같은 의미를 가진 언어를 통해 신탁을 설정할 의사(intention to create a trust)¹³¹를 표시함(express)으로써 성립되는 신탁을 의미한다.^{132, 133} 앞서 설명한 우리 신탁법 제 1 조 제 2 항과 미국 신탁법 리스테이먼트 제 2 조에서 정의하고 있는 신탁이 상기의 의사신탁에 해당한다 할 것이다.

(나) 의사의 표시 방법

의사신탁의 설정에 있어서 신탁 설정 의사의 표시(표현, expression)나 선언(declaration)은 추정될 수도 있고,¹³⁴ 상황과 당사자들의 행위에 대한 추론(infer)을 통해서도 법원이 인정할 수 있다고¹³⁵ 한다.¹³⁶

¹³¹ 이는 제 4 장 제 4 절에서 자세히 설명하도록 한다.

¹³² Cowcher v. Cowcher [1972] 1 All E. R. 943 at 949; MCFARLANE AND MITCHELL, *supra* note 3. para 4-004~4-006

¹³³ 四宮은 ‘법률행위로 인해 발생하는 신탁’이라고 설명하고 있다. 四宮和夫, *supra* note 7. at 10

¹³⁴ Cook v fountain [1676] 3 Swans 585

¹³⁵ Paul v Constance [1977] 1 WLR 527

¹³⁶ 대부분의 영미 문헌에서 동지의 논의로 일치해서 설명하고 있다.

MCFARLANE AND MITCHELL, *supra* note 3; HUDSON, *supra* note 3; GARTON ET

즉 중요한 것은 당사자들이 신탁을 설정할 의사를 가지고 있었는가의 문제이므로, 굳이 ‘신탁(Trust)’란 용어를 사용할 필요도 없으며, 신탁을 설정한다는 문서 증거가 존재하지 않더라도 정황이나 당사자의 행동을 통해 법원이 실질적으로 신탁에 해당하는 법률관계를 설정하려고 했다는 의사를 추론할 수 있다면 법원이 신탁의 성립을 인정할 수 있다는 것이다.

(다) 묵시 의사신탁

따라서 Express Trust는 신탁 설정 의사가 명시적으로 또는 묵시적으로 표현되어 법원이 당사자의 신탁 설정 의사의 존재를 확인할 수 있는 경우를 모두 포괄하는 의미로 해석하는 것이 옳을 것이다. 이로 인해 대부분의 영미 문헌과 판례는 명시 의사신탁과 묵시 의사신탁을 구별하여 표시하지 않는 경우가 많다. 간혹 묵시 의사신탁을 따로 지칭하는 Implied (by fact) Trust나 Presumed Trust라는 용어를 사용하는 문헌이

AL., *supra* note 3; A J OAKLEY, CONSTRUCTIVE TRUSTS (3rd ed. 1997); SCOTT, FRATCHER, AND ASCHER, *supra* note 26; DUKEMINIER AND SITKOFF, *supra* note 107.

있기는 하나,¹³⁷ 이를 따로 가리키는 일반화되고 범용적인 용어는 쉽게 찾기 어렵다.^{138 139}

우리 신탁법에서도 신탁 설정 행위에 ‘신탁’이란 용어를 명시할 것을 요구하고 있지 않으며, 의사표현과 관련한 대법원의 확립된 판례는 특정 의사표현에 대해서 일정한 방식이 요구되지 않는 경우 묵시적 의사표현의 방식으로도 성립이 가능하다고 판시하고 있어,¹⁴⁰ 법리상으로는 묵시적 의사신탁이 성립이 가능하다고 할 것이다.

(2) 의사신탁의 용례와 번역

¹³⁷ 이러한 예로 Thomas 와 Hudson 은 묵시 의사신탁을 Implied Trust 라고 표기하였다. THOMAS AND HUDSON, *supra* note 89. at 719

¹³⁸ 新井는 묵시 의사신탁에 해당하는 신탁을 ‘당사자의 신탁설정의사를 추정(推定)한다는 의미’에서 이를 ‘추정(推定)신탁’이라고 번역하고 있으나, 당사자가 ‘신탁 설정 의사’는 가지고 있었으나 이를 표시하지 않은 것(또는 자신들의 행위가 신탁에 해당한다는 점을 인식하지 못한 경우, 영미 신탁은 이를 기본적으로 동일하게 본다)과 당사자의 신탁 설정 의사가 없음에도 객관적 상황으로부터 신탁 설정 의사를 추정하는 추정 복귀신탁(Presumed resulting trust)과의 혼동을 야기시키는 측면이 있으므로 적절하지 않은 해석으로 판단된다. 新井 誠, *supra* note 33. at 191

¹³⁹ 따라서, 대륙법계 학자가 묵시 의사신탁을 영문으로 표시할 때에는 의제신탁이나 추정 복귀신탁과의 혼동을 피하기 위하여 ‘Express Trust implied by fact’로 표기하는 것이 효율적이라고 판단한다.

¹⁴⁰ 예로는 “이러한 보증의 위임에는 일정한 방식이 요구되지 아니하므로 그 의사표시는 명시적인 경우는 물론 묵시적으로도 이루어질 수 있다.” 대법원 2017. 7. 18. 선고 2017 다 206922 판결, 계약의 묵시적 합의 해지에 관해서는 대법원 2003. 1. 24. 선고 2000 다 5336 판결

위와 같은 사실을 바탕으로 Express Trust 의 적절한 번역에 대해서 논하자면, 우선 명시(明示)신탁¹⁴¹으로 번역하는 경우 묵시(默示)적으로 신탁 설정의사가 표현된 신탁(묵시 의사신탁)은 Express Trust 에 포함되지 않는 것으로 혼동을 유발할 수 있으므로 지양되어야 할 것으로 보인다.

또 다른 의견으로 Express 라는 영단어의 의미와 우리 판례에서 자주 사용되는 ‘명시적이나 묵시적으로 표현 또는 표시’라는 용례들을 감안하면 표시(表示)신탁이나 표현(表現)신탁이라고 번역하는 방안도 검토할 수 있다. 그러나 표시신탁의 경우 묵시 표시신탁이라는 용어는 일견 모순되는 단어가 연속으로 나열된 것으로 볼 수도 있고, 표현신탁의 경우에는 우리 민법의 표현(表現)대리의 의미를 감안할 때 의도하지 않은 의미가 해석상 부가될 수 있는 문제가 있다.

Express Trust 를 이와 대비되는 Implied Trust 와의 의미 구별에 의하여 설정(設定)신탁¹⁴² 또는 임의(任意)신탁으로 번역한 예¹⁴³도 있는데, 설정신탁의 경우 직관적인 의미 전달이 어렵고, 임의신탁의 경우에는 임의라는 단어의 포괄적인 의미로 인해 구체적인 의미 전달의 어려움이 있으며, 신탁관련 한국 문헌에서 자주 나오는 묵시신탁이라는 용어와의 연계 가능성을 생각하면 적정하지 않다.

¹⁴¹ 국내 문헌에서 Express trust 를 명시신탁으로 번역한 예로는 이중기, 신탁법 (2007). 25 면, 일본 문헌의 예로는 眞琴島田, イギリスにおける信託制度の機能と活用, 7 慶應法学 213-265 (2007). at 219 하지만 眞琴는 법정신탁과 대비되는 개념으로는 任意信託이라는 용어를 사용하였다.

¹⁴² 예로는 星野 豊은 이를 명시(明示)신탁의 의미로만 사용한 것으로 보인다. 星野 豊, *supra* note 125. at 183; 四宮는 설정신탁 또는 임의신탁이라고 번역하였다. 四宮和夫, *supra* note 7. at 10

¹⁴³ 이러한 예로는 神田秀樹 AND 折原 誠, *supra* note 24. at 10; 眞琴島田, *supra* note 141. at 221-222

따라서 Express trust 의 express 는 신탁 설정 의사의 표시를 의미한다는 점을 감안하고, 묵시신탁과의 용어적 연계를 감안할 때, Express trust 를 의사(意思)신탁이라고 번역하는 것이 적절하다고 판단된다.

위의 기준에 따르면, 당사자의 명시적인 신탁 설정의사 표시를 통해서 설정된 신탁의 경우에는 ‘명시 의사신탁’이라고 하고, 묵시적으로 표시된 신탁의 경우에는 ‘묵시 의사신탁’이라고 하는 것이 옳을 것이다. 다만 본 논문에서는 편의를 위해서 법정신탁 또는 의제신탁과 대비되어 사용될 때에만 의사신탁이라고 표시하고, 그렇지 않고 단독으로 명시 의사신탁이 사용되는 경우에는 그냥 ‘신탁’이라고만 표시하며, 묵시 의사신탁의 경우에도 (묵시 법정신탁이나 묵시 의제신탁이라는 신탁의 종류는 존재하지 않기 때문에) 특별히 구별할 필요가 없는 한에는 ‘묵시 신탁’이라고 표시하도록 한다.

나. 법정신탁(Implied Trust)

(1) 법정신탁(Implied trust)의 정의와 번역

(가) Implied 의 의미

한국과 일본의 문헌에서는 Implied trust 의 정의와 번역에 대해서 적지 않은 혼란이 존재하고, 실상 영국의 문헌에서도 학자별로 다른 의견들이 존재하기도 한다.

이는 사실 Implied 라는 용어의 의미와 관련하여서 생기는 혼란으로 볼 수 있는데, 이러한 혼란의 해결책으로 Implied 의 의미가 신탁법보다는 보다 통일되어 있는 영미 계약법에서의 Implied 의 의미를 참고하는 것이 도움이 될 수 있다.

영미 계약법 관련 판례와 문헌들은 당사자들이 그들의 합의를 언어를 통해서 나타내는 것을 명시 계약(express contract)이라고 하고, 행위를 통해서 합의가 나타나는 것을 Implied 'by fact' contract(묵시 계약)이라고 하며, 당사자의 의사와 상관없이 법에 의해서 부과되는 (계약과 유사한) 의무를 Implied 'by law' contract¹⁴⁴라고 한다.¹⁴⁵

이와는 달리 신탁의 관련 판례와 문헌들은 앞서 설명하였듯이 우리법에서의 묵시 표시(implied by fact)의 개념 또한 의사 표시(express)에 포함되는 것으로 보고, 단순히 의사신탁(express trust)으로 인식·표기하고 있는 경우가 대부분이어서, Implied by fact trust¹⁴⁶라는 용어를 묵시 의사 신탁의 의미로 사용하는 경우는 찾아보기 어렵다.

또한, 일반적으로 영미신탁법 문헌이나 판례에서 by fact 나 by law 를 따로 표기하지 않고 Implied trust 라고만 표기한 경우에는 문맥상 다른

¹⁴⁴ 이를 준계약(quasi-contract)이라고도 한다. 하지만 본질적인 의미에서 계약은 아니다. 참고로 swadling 은 Implied by law contract 은 계약으로 보지 않으면서 Implied by law trust 인 의제신탁(constructive trust)은 신탁으로 보는 것은 문제가 있다고 주장하고 있다. W. Swadling, *The Fiction of the Constructive Trust*, 64 CURR. LEG. PROBL. 399-433 (2011). at 2-3

¹⁴⁵ JOHN D. CALALMARI & JOSEPH M. PERILLO, *THE LAW OF CONTRACTS* (4 ed. 1998). at 21-22

¹⁴⁶ 영국의 문헌 중에는 'Implied by fact trust'를 추정 복귀신탁의 의미로 사용하는 경우도 있어서 주의를 요한다.

의미로 사용되지 않은 한 일반적으로 Implied by law trust 만을 의미하는 경우가 대부분이다.^{147 148}

따라서, Implied Trust 가 Implied by law Trust 의 의미라고 본다면, Implied Trust 는 법정(法定)신탁이고, 법정신탁(Implied Trust)의 정의는 당사자의 의사에 의해서 성립되는 것이 아닌, 당사자의 의사와 상관없이 ‘법이 부과하는 신탁’¹⁴⁹을 의미한다.¹⁵⁰ 여기서 ‘법이 부과한다’(the law impose)는 뜻에서의 ‘법에 의한’(by operation of law)이라는 의미는 단순히 제정법(Statutory)에 의한 것만을 의미하는 것이 아니라, 법원의 판

¹⁴⁷ 판례의 예로는 Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington LBC House of Lords [1996] A.C. 669, 문헌으로는 MCFARLANE AND MITCHELL, *supra* note 3; HUDSON, *supra* note 3; OAKLEY, *supra* note 136. 등 대다수의 주요 문헌이 해당한다. 하지만, Implied Trust 라는 용어 자체에 대한 학자들의 구체적인 의견들은 다르다는 점을 주의해야 한다. Moffat 과 Hayton 은 Implied Trust 가 여러 의미로 사용될 수 있기 때문에 용어 자체의 사용에 대해서 부정적인 의견을 가지고 있다.

¹⁴⁸ 다른 예로는 Thomas 와 Hudson 은 일반적인 법정신탁(Implied Trust)은 ‘Trusts implied by law’라고 표기하고, 묵시 의사신탁은 ‘Implied Trust’라고 표기하였다. 이는 일반적인 것은 아니고, Hudson 의 다른 문헌들과도 차이가 있는 표기 방식이다. THOMAS AND HUDSON, *supra* note 89. at 699-700, 719

¹⁴⁹ “The law imputes or impose a trust” GARTON ET AL., *supra* note 3.; “Trust implied by law” THOMAS AND HUDSON, *supra* note 89. at 699-700

¹⁵⁰ 최수정은 임채웅을 인용하여 ‘Implied trust’를 ‘묵시신탁’으로 번역하였으나, HUDSON, *supra* note 3. 등을 인용하여 위 본문과 같은 의미로 설명하였고, ‘Implied trust’가 우리법에서의 일반적인 ‘묵시’를 의미하는 것은 아님을 명확히 하였다. 최수정, *전제서* 67. 32-33 면

단에 의해 부과되는(imposed by the court)¹⁵¹ 경우도 포함하는 것이다.¹⁵²

(나) Implied trust 의 용례와 번역

¹⁵¹ Edmund Davies L.J in *Carl Zeiss Stiftung v Herbert Smith & Co* (No.2) [1969] 2 Ch. 276 at 300

¹⁵² 따라서 이런 의미에서 법정신탁(implied Trust)과 제정법신탁(statutory Trust)은 구별해야만 한다. 제정법(Statute)에 의한 신탁도 법정신탁에 포함되는 것으로 보는 경우도 있으나, 제정법 신탁이 법원에 의해 부과되는 의제신탁은 포함하지 않기 때문이다. 제정법신탁의 예로, 영국의 Law of Property Act 1925 제 105 조에서는 양도담보권자가 자신의 채권의 만족을 얻기 위하여 담보물을 처분한 후에도 잉여재산이 발생할 경우, 양도담보권자는 그 재산을 양도담보권설정자를 위하여 신탁적으로 보유하여야 한다고 정하고 있다. 오영걸, *擬制信託(Constructive Trusts)의 理解*, 18 비교사법 1263-1308 (2011). 1270 면. 그러나 판례법 국가인 영국의 특성상 주요 문헌에서 구별이 크게 강조되고 있는 않다. 상기 법령의 원문은 아래와 같다.

105 Application of proceeds of sale.

The money which is received by the mortgagee, arising from the sale, after discharge of prior incumbrances to which the sale is not made subject, if any, or after payment into court under this Act of a sum to meet any prior incumbrance, shall be held by him in trust to be applied by him, first, in payment of all costs, charges, and expenses properly incurred by him as incident to the sale or any attempted sale, or otherwise; and secondly, in discharge of the mortgage money, interest, and costs, and other money, if any, due under the mortgage; and the residue of the money so received shall be paid to the person entitled to the mortgaged property, or authorised to give receipts for the proceeds of the sale thereof.

인터넷 출처: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/15-16/20>

법정신탁(Implied Trust)의 경우에는 영국 문헌에서도 용어가 통일되어 있지 않다. 대부분의 문헌과 최근의 논문에서는 Implied Trust 라는 용어가 주로 사용되고 있으나,¹⁵³ 이에 대해서 Implied Trust 라는 용어는 부적절하다는 비판도 존재한다.

대표적으로 Moffat 에 따르면, Implied Trust 는 일부 문헌이나 판례에서 복귀(復歸)신탁(Resulting Trust)만을 의미하거나, 복귀신탁 중에서 오직 추정(推定)복귀신탁(Presumed Resulting Trust)만을 의미하는가 하면 묵시 의사신탁에 가까운 개념만을 의미하는 것으로 사용되는 경우¹⁵⁴도 있어서 혼동을 피하기 위해서 Imputed Trust 라고 해야 한다고 주장하고 있다.^{155, 156} 위와 같은 논의들이 있다고는 해도, Implied Trust 나 Imputed Trust 나 용어가 가리키는 대상의 정의에 대해서는 대부분의 문헌이 일치해서 설명하고 있으므로, 어느 용어를 사용하든 큰 상관은 없을 것으로 판단된다.¹⁵⁷

위의 사실들을 바탕으로 할 때, Implied Trust 의 번역은 신탁 설정의사유무와 관련하여 의사신탁(Express Trust)과의 대비점을 잘 나타낼 수 있는 용어를 사용하는 것이 적합할 것이다. 따라서 일부 문헌에서 사용

¹⁵³ MCFARLANE AND MITCHELL, *supra* note 3; HUDSON, *supra* note 3.

¹⁵⁴ 우리나라와 일본의 일부 문헌에서 Implied Trust 를 묵시의사신탁으로 해석하고 의사신탁(Express Trust)과 대비되는 것으로 분류하는 것은 일부 일본 영미법률용어 사전의 영향 때문인 것으로 추정된다. 이는 앞서 본문에서 설명한 영미 계약법 용어와의 혼동에서 기인한 것으로 보인다.

¹⁵⁵ GARTON ET AL., *supra* note 3. at 23

¹⁵⁶ 이와 같은 혼동은 법규정으로 정의되지 않은 단순한 동사(verb)인 ‘Implied’라는 단어의 해석과 관련하여 발생한 문제이기도 하다. 이를 설명한 국내 문헌으로는 오영걸, *전개논문* 152.

¹⁵⁷ 본 논문에서는 최근에 간행된 문헌들에서 보다 많은 사용되고 있는 Implied Trust 를 사용하도록 한다.

하는 Implied 를 직역한 해석(解釋)신탁¹⁵⁸보다는 ‘당사자의 의사와 상관 없이 법에 의해 부과되는’이라는 의미를 잘 전달할 수 있는 법정(法定) 신탁이라는 용어가 더 적절한 것으로 생각된다.

(2) 복귀신탁과 의제신탁¹⁵⁹

법정신탁에 속하는 신탁으로는 크게 복귀신탁(resulting trust)과 의제 신탁(constructive trust)이 있다.¹⁶⁰

복귀신탁에는 크게 두 가지 유형이 있다.¹⁶¹

첫 번째 유형의 복귀신탁은 특정 거래에 해당하는 거래(행위)가 존재 하는 경우 당사자의 반대되는 의사가 증명되지 않는 한 이러한 거래로부터 신탁 설정 의사가 추정(presumption)되어 신탁이 설정되는 관계를 말한다.¹⁶² 이러한 특성을 반영하여 보통 추정 복귀신탁(presumed resulting trust)이라 한다.¹⁶³

¹⁵⁸ 예로는 이중기, *전제서* 141. 25 면 추측건대 일부 일본 문헌에서 나타나는 해석신탁이라는 번역은 영미 계약법에서의 번역을 참조하여 Implied trust 의 의미에 by fact 의 경우도 포함하여 번역한 것이 아닐까 한다. 하지만 앞서 설명하였듯이 Implied trust 가 by law 만을 의미하고 있다는 점을 감안하면, 이를 법정신탁으로 번역하는 것이 보다 적절한 것으로 판단된다.

¹⁵⁹ 이하의 내용은 주로 Hayton 과 Oakley 를 참조하였다. MCFARLANE AND MITCHELL, *supra* note 3.; OAKLEY, *supra* note 136.

¹⁶⁰ MCFARLANE AND MITCHELL, *supra* note 3. footnote 71

¹⁶¹ 현재의 복귀신탁의 유형 분류를 확립한 중요한 판례로는 Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington LBC [1996] AC 669 HL

¹⁶² Lord Upjohn in Vandervell v IRC, 49[1967] 2 A.C. 291 at 312.

¹⁶³ 이러한 신탁 설정 의사가 특정 법률관계로부터 추정되는 것이 의사신탁과의 가장 큰 차이라고 한다. Darryn Jensen, *Reining in the Constructive Trust*, 32 SYD. LAW REV. 87 (2010). at 88

이는 ① 甲이 乙에게 가치있는 약인을 받은 것이 없음에도 乙에게 자발적으로 재산을 이전하는 경우,¹⁶⁴ 또는 마찬가지로 甲이 약인 없이 자신의 재산을 乙과 공유하는 경우와 ② 乙이 甲의 돈으로 재산을 구입하거나¹⁶⁵ 또는 구입하여 공유하는 경우에 이러한 재산의 이전이나 구입을 하게 한 甲의 행위의 의도가 증여인지 신탁인지 불분명한 경우 신탁 설정 의사를 추정하는 신탁이다.¹⁶⁶

두 번째 유형의 복귀신탁은 의사신탁 설정을 목적으로 재산을 이전하였으나, 의사신탁 설정이 설정 요건이나 법에 의한 금지 등의 이유로 실패하는 경우¹⁶⁷ 이전된 재산에 대해서 성립하는 신탁으로 설정 실패 복귀신탁(failing trust resulting trust)이라고 한다.¹⁶⁸ 두 번째 유형의 다른 경우로는 특정인을 위한 특정 목적의 신탁이 목적 달성으로 종료한 후 남은 재산에 대해서 성립되는 복귀신탁이 있다.^{169, 170} 이러한 두 번째 유형의 복귀신탁은 모두 의사신탁이 설정되지 않거나 종료되어 존재하지 않게 된 상황에서 신탁 설정 당사자와 수익자를 보호하기 위한 신탁으로서, 첫 번째 유형의 복귀신탁과는 달리 당사자의 반증을 통한 복귀신탁 성립 취소를 허용하지 않는다. 즉 당사자의 설정 의사와 상관없이 자동

¹⁶⁴ Vandervell v IRC, 49[1967] 2 A.C. 291, Re Vinogradoff [1935] WN 68

¹⁶⁵ Dyer v Dyer (1788) 2 Cox 92, 30 ER 42.

¹⁶⁶ MCFARLANE AND MITCHELL, *supra* note 3. para 14-026

¹⁶⁷ Re West [1900] 1 Ch. 84; Re Gillingham Bus Disaster Fund [1958] Ch. 300.

¹⁶⁸ MCFARLANE AND MITCHELL, *supra* note 3. para 14-102

¹⁶⁹ 오영걸, *전제논문* 152.

¹⁷⁰ 이와 같은 취지로 우리 신탁법 제 15 조(임무가 종료된 수탁자의 지위)는 신탁행위로 정한 수탁자의 임무 종료 사유가 발생하면 임무가 종료된 수탁자는 신수탁자나 신탁재산관리인이 신탁사무를 처리할 수 있을 때까지 수탁자의 권리·의무를 가진다고 규정하고 있다.

으로 성립되는 신탁으로서 자동 복귀신탁(automatic resulting trust)이라고도 불린다.

그리고 의제신탁은 당사자의 설정 의사와 관계없이 법원이 부과하는 신탁으로서 그 유형과 목적이 다양하여, 명확한 정의를 내리는 것이 쉽지 않다. 또한 의제신탁과 법정신탁의 사례들을 관통하는 ‘일관화된 법 논리’(Single normative idea)를 확인하는 것은 매우 어려운 일이다.

따라서 법정신탁의 범위를 구별하기 위한 실질적인 정의는 ‘신탁을 설정할 수 있는 위탁자의 행위와 상관없이’ 성립되는 신탁, 즉 의사신탁에 해당하지 않는 신탁들¹⁷¹이라는 수동적 정의(Negative Definition)가 더 적합할 수 있다. 더 나아가 그 범위와 정의가 좀 더 혼란스러운 의제신탁의 경우에는 ‘의제신탁이란 의사신탁과 복귀신탁이 아닌 신탁’이라고 정의할 수밖에 없다¹⁷²는 견해까지 있다.

이를 반대로 보자면, 법정신탁이 의사신탁의 경계인 측면도 있어서, 의사신탁의 성립 범위를 확인하기 위해서는 법정신탁 그 중에서도 특히 의제신탁의 범위를 확인할 필요가 있다.

II. 우리법에서의 의제신탁의 성립

1. 의제신탁 도입에 대한 논의

신탁은 ‘수익자의 이익을 위해서 수탁자에게 의무를 부과하는 것’이라는 관점에서 조금 더 나아가면 ‘수탁자가 오로지 혼자서 대상 재산을 소

¹⁷¹ Ben Mcfarlane, *The Centrality of Constructive and Resulting Trusts*, in CONSTRUCTIVE AND RESULTING TRUSTS (Charles Mitchell ed., 2010). at 183

¹⁷² Peter Birks, ‘Definition and Division: A Meditation on Institutes 3.13’ in Peter Birks (ed), *The Classification of Obligations*, Oxford University Press, 1997, a t33.

유하는 것이 허용되어서는 안 되는 상황’도 신탁의 법리로 규율할 수 있다. 즉 위탁자의 수탁자에 대한 신뢰(Trust)를 위반하는 것을 막는다는 의미는 수탁자가 본래의 목적을 위반하여 신탁재산을 독점적으로 소유·전용하는 것을 막는 것을 의미한다. 달리 말하면 수탁자가 자신만을 위해서 신탁재산을 소유·전용해서는 안 되는 상황에서는 신탁이 개입할 수도 있다는 것이다.

따라서, 당사자간에 신탁을 설정하고자 하는 의사가 없었더라도, 일방 당사자가 대상 재산을 자신만을 위해서 소유·전용하는 것이 부당한 것이라면, 법원은 당사자들의 신탁 설정 의사와 상관없이 신탁의 존재를 의제(construe)해서 대상 재산을 신탁재산으로 대상 재산의 소유자를 수탁자로 보아서 신탁에 따른 의무 이행을 강제할 수 있다. 이를 의제 신탁(Constructive Trust)이라고 한다.¹⁷³

신탁을 도입한 대륙법계 국가에서는 필연적으로 의제신탁을 인식하지만, 이에 대한 제도적 논의는 쉽게 진행하지는 못한다. 우리나라에서도 미국의 부당이득에 대한 구체적 의제신탁에 대한 도입론은 논의가 된 적

¹⁷³ 의제신탁에 대해서는 제 2 장 3 절의 III 에서 설명하도록 한다.

은 있고,¹⁷⁴착오송금¹⁷⁵이나 이사의 의무위반 등과 같은 개별적인 사안들과 관련하여 대응 방안으로서의 영국과 미국의 의제신탁에 대한 참조는 부분적으로 이루어졌다. 그러나, 영국의 의제신탁¹⁷⁶이나 의사신탁과 대비되는 의제신탁 자체에 대한 논의가 본격적으로 진행되고 있지는 않은 것으로 보인다.

이는 같은 의제신탁이라는 명칭을 사용하지만, 미국과 영국의 의제신탁에는 차이가 있으며, 실상은 같은 영국의 사례들 간에도 적용되는 법논리가 다르기 때문에, 의제신탁이라는 명칭의 일괄적인 제도 도입으로서는 논의를 진행하기 어려웠기 때문인 측면도 있고, 보다 근본적으로 성문법 체계인 우리 법제에 있어서, ‘당사자의 의사와 상관없이’ ‘법원의 판단에 의해서’ 부과되는 법률관계라는 형식은 익숙하지도 않고, 애당초 도입 자체가 가능하지 않은 것으로 판단되어 논의의 시작단계에서 더 이상 진행되지 않았다고 보는 것이 옳을 것이다.

¹⁷⁴ 의제신탁의 부당이득 피해자의 보호에 있어서의 이점에 대한 관점에서 우리 법에서도 미국식 부당이득에 대한 구제적 의제신탁 도입에 대한 논의가 필요하다는 주장으로는 이해리, *미국법상 의제신탁의 의미 - 제3차 부당이득법 리스 테이트먼트를 중심으로* -, 27 성균관법학 (2016); 명확히 의제신탁 도입 논의는 아니지만, 금전 반환에 있어서 의제신탁의 장점에 대한 설명으로는 최준규, *금전의 이동(移動)과 물권적청구권 - 가치 소유권 및 의제신탁으로부터의 시사* -, 638 법조; 향후 논의 필요성을 설명한 글로는 임채웅, *默示信託과 擬制信託의 研究 - 평석대상 판결 대법원 2002. 7. 26. 선고 2000 다 17070 판결*, 저스티스 277-302 (2008).

¹⁷⁵ 오영준, *송금의뢰인의 착오송금시 수취은행의 수취인에 대한 상계의 가부 - 대상판결: 2010. 5. 27. 선고 2007 다 66088 판결*-, 43 BFL.; 임정하, *착오송금의 분쟁해결지원과 관련 법리의 재검토 -예금자보호법 개정안을 중심으로*-, 12 은행법연구 3-28.

¹⁷⁶ 국내 문헌에서 영국 의제신탁을 소개한 글로는 오영걸, *전제논문* 152.

2. 의제신탁의 정의

가. 의제신탁에서의 의제(Constructive)의 의미

영국법에서의 의제(constructive)의 의미는 일반적으로 어떤 사태가 A에 해당하지 않지만, 그 전후 사정에 비추어 마치 A인 경우와 마찬가지로 취급하는 것을 의미한다고 한다.¹⁷⁷ 다만 계약법, 형평법 등의 적용법들이나 구체적인 판례들에서 세부적인 의미는 조금씩 차이를 보이고 있다.

참고로 계약의 해석에 있어서 법원 의제의 의미를 살펴보면, 이는 법원의 자의적인 해석이 아닌 당사자들의 의도가 실현되게 하는 것을 목적으로 하고, 이 때 당사자의 의도는 당사자들의 진정한 의도(real intention)를 의미하는 것이 아니라, 당사자들의 행위나 문서 등의 표시를 통해 추론 또는 해석되는 의도를 의미한다고 한다.¹⁷⁸

이와는 달리 의제신탁에서 일반적인 의제의 의미는 계약의 해석과는 달리 당사자들의 의도나 의사를 추론 또는 해석하고자 하는 것이 아니다. 의제신탁은 당사자의 의사와는 상관없이 법원이 그 성립을 인정하는 신탁을 의미한다.¹⁷⁹

이를 의사신탁과 간단히 비교하면, 의사신탁은 당사자의 신탁 설정 의사에 의하여 설정·성립되는 신탁이고, 의제신탁은 당사자의 의사와 상관

¹⁷⁷ WORTHINGTON, *supra* note 124. at 69

¹⁷⁸ Lord Steyn in *Deutsche Genossenschaftsbank v Burnhope* [1955] 4 All E.R. 717. Q.C KIM LEWINSON, *THE INTERPRETATION OF CONTRACTS* (third ed. 2004). at 20

¹⁷⁹ 이와 같은 이유로 일부 일본문헌에서 나타나는 의제신탁(constructive trust)을 해석(解釋)신탁으로 번역하는 것은 의제신탁의 의미에 대해서 혼동을 불러올 가능성이 있어서 지양되어야 한다는 주장으로는 오영걸, *전계논문* 152. at 1266

없이(totally independently of the intention of anyone) 성립하는 신탁이라 할 것이다.¹⁸⁰ 하지만 이 ‘당사자의 의사와 상관없다’는 것은 의제신탁의 하나의 특성(character)일 뿐이지 의제신탁 전체를 정의하지는 못한다.

나. 의제신탁: 의사신탁이 아닌 신탁

의제신탁은 ‘정의와 선량한 양심이 요구할 때마다 법에 의해 부과되는 신탁이다. 이는 형평법의 대원칙을 기반으로 하여, 피고가 정황상 양심적으로 자기 혼자 재산을 보유하지 못하고 다른 사람이 그 재산이나 재산의 일부를 갖도록 허락해야만 하는 경우에 적용’되는 신탁이라고 설명할 수 있다.

이를 단순화하면 ‘필요성’이 있을 경우 당사자의 의사와 상관없이 법원이 성립시키는 신탁이라고 이해할 수 있지만, ‘필요성’의 객관적 기준이나 일관된 법논리를 확인하는 것은 쉬운 일이 아니다. ‘신탁의 부과가 필요한 법의 공백’, ‘피고가 재산을 혼자 보유하는 것이 양심에 어긋나거나 비형평적인’ 상황은 개별 사례와 판단자의 주관에 좌우되는 면이 있을 수밖에 없다,¹⁸¹ 결과적으로 ‘신탁의 부과가 필요한 상황’에 대한 정의와 범주는 시대적 필요나 해당 법률 시스템의 특성에 적지 않은 영향을 받을 수밖에 없다. 이러한 형평법의 카멜레온’¹⁸²이라고도 불리는 의제신탁의 내생적인 모호성과 그 광범위한 적용 범위 때문에, 대륙법 법률가

¹⁸⁰ OAKLEY, *supra* note 136. at 29

¹⁸¹ ‘비형평성’과 ‘양심’은 너무 넓은 개념이고, 결과를 통해서 확인될 수 있는 것이 뿐, 결과를 위한 사전적인 논리를 확인하기는 어렵다. MCFARLANE AND MITCHELL, *supra* note 3. para 15-214

¹⁸² GE Dal Pont, ‘Equity’s Chameleon – Unmaking the Constructive Trust’, 1997, 16 Australian Bar Review 46

의 시각으로는 의제신탁 사례를 관통하는 ‘일관화된 법논리’를 확인하는 것은 쉬운 일이 아니다.

더군다나 의제신탁 이해의 어려움은 위와 같은 일관화된 법논리의 부재에 어려움을 느끼는 것이 대륙법의 법률가들뿐만이 아니라 영미법의 법학자들도 마찬가지라는 사정에 있다.

영국의 경우에는 선례구속성에 의해서 의제신탁이 적용되는 사례가 한정되어 있으나 이와 같은 한정된 사례들 사이에서도 일관화된 법논리를 확인하기가 쉽지 않다.

더 나아가, 미국과 캐나다, 오스트레일리아의 경우에는 의제신탁을 ‘일반적인 구제 수단’으로 광범위하게 사용하고 있기 때문에 이러한 사례들을 모두 관통하는 일관화된 법논리를 찾거나 정의를 내리는 것이 영국의 경우보다 더욱 어려운 것으로 보인다.

이에 대해 ‘의제신탁이란 의사신탁(Express trust), 복귀 신탁(Resulting trust)이 아닌 신탁’이라고 정의할 수밖에 없다¹⁸³는 견해도 있으며, 일관화된 법논리도 없고, 사안적 유사성도 없는 사례에 대한 무분별한 의제신탁 적용을 경계해야 한다는 목소리도 반복되고 있는¹⁸⁴ 실정이며, 단순히 일부 효과를 차용하고 있다고 해서 이를 신탁이라고 부르는 것은 문제가 있다는 비판도 있다.^{185, 186}

따라서 영미법의 관점에서도 일률적이지 않은 의제신탁의 정의를 대륙법의 관점에서 내리려는 것보다는 ‘의사신탁과 복귀신탁이 아닌 신탁’이

¹⁸³ Peter Birks, ‘Definition and Division: A Meditation on Institutes 3.13’ in Peter Birks (ed), *The Classification of Obligations* (1997) 1, 33.

¹⁸⁴ 예로는 Jensen, *supra* note 163.

¹⁸⁵ 이러한, 의제신탁의 비신탁성을 주장하는 대표적인 학자로는 Swadling, *supra* note 144.

¹⁸⁶ 이에 대한 반박으로는 David Wright; How much of a trust is a constructive trust?, *Trusts & Trustees*, Volume 18, Issue 3, 1 March 2012, at 264–272

라는 의제신탁의 속성에 집중하여, 의사신탁과 대비되는 의제신탁의 성립요건을 중심으로 우리법에서의 의제신탁 의의를 확인하는 것이 보다 효율적인 방법으로 판단된다.

3. 의제신탁의 성립요건과 효과

가. 성립 요건

의제신탁은 법정신탁(Implied Trust)에 속하며, 법원이 부과(impose)하여 성립하는 신탁이다.

즉 의제신탁은 당사자의 의사에 의해서가 아닌 법원이 개입하여 형평을 추구하는 장치이기 때문에 일반적인 의사신탁의 성립 요건들과는 큰 관련성을 가지기 어렵다.

나. 성립 효과

의제신탁 또한 신탁이기 때문에 일반적인 의사신탁의 성립 효과는 거의 대부분 동일하나, 의사신탁과의 성립 요건의 차이에서 비롯된 차이점은 일부 존재한다. 이 중 가장 중요한 차이점은 ① 신탁의 성립효과가 발생하는 시기의 차이와 ② 수탁자의 관리의무(management obligation)¹⁸⁷의 차이이다.

영국 의사신탁의 경우에는 신탁의 성립 효과가 발생하는 시기는 일반적으로 신탁 재산이 이전된 때이고, 한국 의사신탁의 경우에는 계약, 유언, 신탁선언 등을 통해서 신탁법 제 2 조에 따라 신탁을 설정하고 신탁재산을 이전한 때일 것이다.¹⁸⁸ 그러나, 의제신탁의 경우 신탁 설정 의사, 설

¹⁸⁷ 이에 대해서는 제 3 장 제 3 절 III.에서 설명하도록 한다.

¹⁸⁸ 앞서 설명한 신낙성계약설을 전제로 한다.

정 계약, 설정 행위 등이 존재하지 않는 경우가 있고, 신탁이 성립하는 것은 당사자의 의사에 기한 것이 아니라, 법원의 부과에 의해서 성립하는 것이기 때문에 의사신탁과 대비되어 신탁 성립의 효과가 발생하는 시기에 대한 논의가 이루어져야만 한다.

이는 특히 의제수탁자의 파산 상황에서 의제수탁자의 일반채권자에 대한 우선권문제와 관련하여 중요한 의미를 가진다. 의제신탁의 성립 효과가 의제수탁자의 파산 이후에 발생할 경우 의제된 수익자는 신탁의 성립에 따른 우선권의 효과를 얻기 어렵기 때문이다.

이와 관련한 영국판례에 따르면, 의제신탁의 성립의 효과는 우선 ‘이에 반대되는 법원의 명령이 없는 한’ 의제신탁을 부과시킨 행위가 이루어진 때에 발생하는 것을 원칙으로 한다.¹⁸⁹ 즉, 법원이 의제신탁을 부과한 때(부과시)가 아니라 원인 행위가 이루어진 때(원인행위시)에 의제신탁 성립의 효과가 소급적으로 발생하는 것이지만, 예외적으로 개별적인 경우에 법원은 제3자에 대한 과도한 침해를 방지하기 위해서 법원이 부과하는 때에 의제신탁 성립의 효과가 발생하게 할 수 있다.¹⁹⁰

수탁자의 관리의무의 내용에서도 차이가 나타난다. 의사신탁의 경우 당사자가 설정한 신탁의 목적과 신탁 의무의 내용에 따라서 수탁자의 의무가 정해지게 되고, 이에 따라 투자 등의 능동적인 재산 관리를 할 의무를 지기도 하지만, 의제신탁의 경우에는 의제된 수탁자는 재산에 대한 합리적인 주의(reasonable care)를 기울여야 하고, 법원이 의제신탁의

¹⁸⁹ 이러한 원칙은 *Re Sharpe (a Bankrupt)* [1980] 1 W.L.R. 219 at 225에서의 *Browne-Wilkinson J.*의 판시 내용에서 확인할 수 있고, 다른 판례에서도 이러한 원인행위시 기준을 전제로 판결이 내려지고 있다. *OAKLEY, supra* note 136. at 5

¹⁹⁰ 예로는 *Lonhro v. Fayed*(No. 2) [1992] 1 W.L.R. 1, *Munschinski v. Dodds* (1986) 160 C.L.R. 583. *Id.* at 5-6

다양한 경우에 있어서의 주어진 상황에 따라 합리적이라고 판단하는 적합한 조건들을 의제할 수도 있다는 점에서 다르다.¹⁹¹

하지만, 실제로 법원이 필요하다고 판단하여 부과하는 의무들은 당사자들이 개별적으로 설정한 의사신탁과는 달리, 좀더 수동적이며, 단편적인 명령의 형태일 수밖에 없다. 애당초, 개별적인 목적이 없는 상황에서 의제된 수익자의 보호만을 목적으로 할 경우, 그 의무들은 단순하고, 대동소이 할 수밖에 없기 때문이다.

4. 소결: 우리법에서의 의제신탁 성립

우리 신탁법은 계약을 기본으로 하는 신탁의 설정을 전제하고 있고, 법원의 재량에 따른 신탁의 부과를 가능하게 하는 조항은 존재하지 않는다. 일부 판례에 대해서 법원이 의제신탁을 인정하였다는 주장도 있으나, 이에 대해서는 논란의 여지가 있고, 최소한 법원이 명시적으로 신탁 부과의 필요성을 인정하여 당사자의 의사와 상관없이 신탁을 부과한 사례는 현재까지는 존재하지 않는 것으로 보인다.¹⁹²

또한 보다 근본적으로는 성문법 체계의 우리 법구조에서 판사의 판단에 의해 당사자들의 설정 의사가 없는 법률관계를 성립시키는 것은 허용되기 어려운 작업으로 판단된다.

다만 의제신탁도 법정신탁의 하나이고 몇몇 유형으로 유형화되어 있다면, 특정 유형의 의제신탁에 대해서는 이를 법률로 규정하는 방법은 있을 수 있다. 즉 의제신탁의 일부 유형에 대해서는 법 제정을 통해 규정

¹⁹¹ 복귀신탁의 경우에는 수탁자(피고)는 특별한 관리의무를 지지 않고, 오로지 수익자(원고)에게 반환할 의무만을 진다고 한다. WORTHINGTON, *supra* note 124. at 72

¹⁹² 사채원리금 지급대행계약 사건(대법원 2002. 7. 26. 선고 2000 다 17070 판결)

하는 것이 가능하다고 볼 수 있다. 그러나 특정 유형의 의제신탁을 법 제정을 통해서 도입할 수 있는가에 대한 문제는 우리 신탁법에서의 의제 신탁의 성립 여부와는 상관이 없다는 것은 분명하다.

III. 의제신탁 개별 유형의 도입 검토

1. 개별 유형 중심 접근의 필요성

주지하듯이 영국은 판례의 규범력이 인정되기 때문에 의제신탁의 성립과 관련하여 판례를 통해서 축적된 일정 유형들에 대해서는 선례구속의 규범력이 존재한다. 이에 따라 법원은 선례가 확립된 특정 사실관계가 인정될 경우, 해당 사안에 대해 자신들의 재량으로 의제신탁의 성립을 인정하거나 부정할 수는 없고 선례에 구속되고(구속성), 이에 있어 법원의 역할은 선언적인(declaratory)것에 그친다.¹⁹³ 이러한 확정된 특정 유형들에 대한 의제신탁의 성립만을 인정하는 것(유형한정성)을 제도적 의제신탁¹⁹⁴(Institutional Constructive Trust)이라고 한다.

이와 다르게, 같은 보통법계 법역(Commonwealth jurisdiction)에 속한 캐나다와 호주 그리고, 미국의 경우에는 앞서 설명한 제도적 의제신탁뿐

¹⁹³ Lord Browne-Wilkinson in *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington LBC*, Lord Browne-Wilkinson[1996] A.C. 669 at 714-715

¹⁹⁴ 위와 같은 특성을 반영하여 오영걸은 ‘제도적 의제신탁(Institutional Constructive Trust)을 제도적·구속적 유형한정 의제신탁이라고 번역하였고, 구제적 의제신탁(Remedial Constructive Trust)은 구제적·재량적 유형비한정 의제신탁이라고 번역’하였다. 의미의 명확한 전달을 위해서는 좋으나, 용어 길이의 경제성을 감안하여, 제도적 의제신탁, 구제적 의제신탁으로도 의미 전달에 큰 어려움은 없을 것으로 생각한다. 관련 내용으로는 오영걸, *전제논문* 152. 1294-1295 면

만이 아니라, 개별적 상황에서 법원이 의제신탁 부과 필요성을 인정할 경우(유형비한정적) 선례에 구속되지 않고(비구속적), 법원의 재량으로(재량적) 신탁의 성립을 인정할 수 있는 구체적 의제신탁(Remedial Constructive Trust)을 인정하고 있다고 한다.¹⁹⁵

미국식 의제신탁을 그 제도 자체로 받아들인다고 가정할 경우, 부당이득의 구체수단이라는 기능은 기존에 우리 민법에서 제공하고 있는 부당이득의 법리와 충돌할 가능성이 높고,¹⁹⁶ 리스테이트먼트의 규정 방식을 차용하여, ‘특정 원칙을 충족할 경우 경우 개별적인 사안에서 법원의 재량으로 신탁의 성립을 의제할 수 있다는 것’은 이를 명문화하는 법을 제정하더라도, 법률 명시주의에 위반되어 우리 법체계에는 적합하지 않을 것으로 판단된다.

다음으로 영국식 의제신탁을 그 제도 자체로 받아들이는 것에 있어서 가장 문제가 되는 점은 영국식 의제신탁은 판례법과 형평법의 특성을 바탕으로 기존 법의 빈 곳을 채우는 개별적 구체적 구체 수단이라는 점이다. 당사자의 신탁 설정 의사와 관계없이 신탁의 성립을 통해서 창설되는 효과의 전체 또는 일부가 필요한 상황이라면 신탁을 부과할 수 있다는 것은, 반대로 말하자면 의사신탁이 아닌 그 어떤 것에도 신탁이 구체 수단으로 의제될 수 있다는 것이기 때문에 개별 유형들을 관통하는 일관된 법논리를 기반으로 하는 제도를 확인하는 것은 가능하지 않다.

따라서, 대륙법계 국가인 우리의 입장에서 의제신탁의 소개나 활용에 대한 논의를 진행하기 위해서는 의제신탁이라는 하나의 일관된 제도에 대한 해석보다는 의제신탁이 적용되는 정형화된 유형들과 그 유형들에

¹⁹⁵ MCFARLANE AND MITCHELL, *supra* note 3. para 15-006

¹⁹⁶ 동지의 논의로 이계정은 “우리 법상 부당이득제도가 견고하게 확립되어 있는 이상 의제신탁의 개념을 인정할 이유가 있는지 의문이다.”라고 하여 부당이득에 대한 의제신탁의 도입 주장에 반대하였다. 이계정, 형평법상 추급권과 신탁의 법리, 157 저스티스 (2016). 132 면, 각주 78

의제신탁이 적용되는 방식과 그 필요성을 개별적으로 분석하는 것이 보다 효율적인 것으로 판단된다.

2. 개별 유형 논의의 한계

영국의 의제신탁으로 논의를 국한시켜도, 선례 구속성이 인정된 확립된 유형의 범위에 대한 논의도 통일되어 있다고 보기는 어렵다.

개별 유형에 있어서의 의제신탁의 성립 여부¹⁹⁷에 관해서도 논쟁이 있지만, 이러한 성립 여부가 인정된다고 하더라도 이와 동시에 해당 유형에 대한 의제신탁 부과의 정당성이나 필요성에 대한 논쟁도 남아 있기 때문이다. 또한, 이러한 이유로 판사와 학자별로 의제신탁의 성립 범위와 그 유형에 대한 논의는 조금씩 다를 수밖에 없다.

의제신탁과 관련한 대표적인 신탁 학자인 Oakley 에 따르면, 의제신탁의 유형들은 의제신탁이 성립하는 경우로 명확하게 확립되었고, 많은 사람들에게 의해서 동의 되는 경우와 이와는 달리 일부 의제신탁이 성립한 사례는 존재하지만, 일관되게 의제신탁에 포함되는지 여부가 명확하지 않은 경우들로 구별할 수 있다고 한다.

전자에 해당하는 것으로는 ① 우선 어떤 사람이 사기적으로(fraudulently), 비양심적으로(unconscionably) 또는, 비형평적으로(inequitably) 행동하여 이익을 얻은 경우, ② 두 번째로 신인의무자가 충실의무를 위반하여 이익을 얻은 경우 그리고, ③ 세 번째로는 신탁 의무를 위반하여 신탁 재산의 양도가 이루어진 경우가 있다고 하고,

¹⁹⁷ 앞서 설명하였듯이 주요 사례에 대해서도 법원이 인정한 것이 의제신탁인지 의사신탁인지 여부에 대한 논란이 있는 경우가 적지 않다. 이에 대한 보다 자세한 설명은 WILLIAM SWADLING, *The Nature of the Trust in Rochefoucauld v Boustead, in CONSTRUCTIVE AND RESULTING TRUSTS* (Charles Mitchell ed., 2010).

후자에 해당하는 경우들로는 ④ 비밀 신탁(secret trust),¹⁹⁸ ⑤ 공동 유언 약정(mutual will),¹⁹⁹ ⑥ 비대체물을 목적으로 하는 미이행 매매계약 의제신탁(Constructive Trusts imposed upon Vendors who have entered into contracts of sale which are capable of being specifically enforced),^{200, 201} ⑦ 담보권자 의제신탁(Constructive Trust imposed upon mortgagees),²⁰² ⑧ 불완전 이전(Constructive Trusts imposed to give

¹⁹⁸ 비밀 신탁은 유언을 통해서 수익자를 위한 신탁 재산의 이전이 이루어졌으나 신탁의 존재나 신탁의 조건이 알려지지 않은(secret) 경우 법원이 신탁을 의제하여 의무를 부과하는 것이다. OAKLEY, *supra* note 136. at 243

¹⁹⁹ 공동 유언을 한 자 중 일방만이 사망하여 사망자의 유언이 집행된 경우 남은 사람은 자신의 유언 내용에 대한 수탁자로 의제된다. 오영걸, *전제논문* 152. 1279 면

²⁰⁰ 특정물 매매 의제신탁은 비대체물(주로 부동산) 거래에 있어서 매도인에게 대상을 매수자를 위해서 보관하고 있는 수탁자의 의무를 부과하는 것이다. 이는 매도인 도산 시 금전 배상만으로는 손해가 복구되지 않는 매수인에게 이미 거래가 이루어진 것으로 보아 형평법상 소유권(Equitable Title)을 인정하는 것이다. 주요 사례로는 *Lysaght v Edwards*, (1876) 2 Ch. D. 499

²⁰¹ 비대체물 매매 의제신탁이라고도 한다. Hayton 은 ‘specifically Enforceable Contracts of Sale’이라 하고, Swadling 은 ‘Vendor-Purchaser trust’라고 지칭하며 이는 모두 Oakley 의 비대체물을 목적으로 하는 미이행 매매계약과 같은 의미이다. WILLIAM SWADLING, *The Vendor-Purchaser constructive Trust, in EQUITY IN COMMERCIAL LAW* (Simone Degeling & James Edelman eds., 2003).

²⁰² 담보물을 이전 받은 담보권자에게 부과되는 의제신탁 OAKLEY, *supra* note 136. at 307

effect to incomplete transfers)²⁰³ 등의 경우가 있다고 설명하고 있다.²⁰⁴

위의 사례들을 살펴보면 1 번 유형 사례에 해당하는 ‘살인자는 피해자의 재산을 상속하지 못하고, 다른 상속인을 위해서 피해자의 재산을 관리해야 하는 의제신탁’이 성립되는 경우와²⁰⁵ 6 번 유형 사례의 ‘비대체물을 목적으로 하는 미이행 매매계약에서 매도인에게 매수인을 위해서 매매 대상을 보관하는 의제신탁’을 부과하는 경우는 ‘신탁을 부과해서 비형평적인 결과를 회피하겠다’는 목적론적, 결과론적 공통점 말고는 의제신탁 부과에 대한 법논리적 유사점을 찾을 수 없다.

즉, 전체 의제신탁 유형들을 관통하는 공통의 법논리는 ‘법원이 재산보관자 또는 대상 재산에 신탁 성립의 효과를 부과할 필요성을 인정’하였다는 것 밖에는 없는 것이다.

더군다나, 개별 유형과 해당 사례에 대한 논의 또한 그 자체적으로 한계가 있을 수밖에 없다. ① 영국의 사례에서 의제신탁을 통해 해결되는 사례가 우리법에서는 다른 규정을 통해서 유사한 결과가 추구되는 것일 수도 있고, ② 또는 해당 유형이나 사례에서의 의제신탁의 성립 효과가

²⁰³ 부동산이나 주식 등과 같이 법적 소유권의 이전을 위해서 등기 등의 특정 형식을 요하는 재산의 이전에 있어서 양수인이 자신이 해야 하는 절차는 모두 완료하였고, 양도인이 필요 절차를 완료하지 않은 경우 양수인은 해당 재산에 대해 형평법상의 권리가 인정된다. 주요 판례로는 Re Rose[1952] Ch. 499.

Id. at 311-312

²⁰⁴ 주의할 점은 이와 같은 분류도 Oakley 개인의 의견일 뿐이지, 위의 분류 방법과 확립 여부가 대세적으로 동의 받은 설명으로 보기는 어렵다. 이는 단순히 논의의 전개를 위한 차용일 뿐이다.

²⁰⁵ 동일 취지로, 피해자가 가입한 보험의 수취인이 될 수 없다는 판례로는 Cleaver v. Mutual Reserve Fund Life Association [1892] 1 Q.B. 147, Davitt v. Titcomb [1990] Ch. 110.

우리법의 기본법인 민법과 충돌하는 것일 수도 있으며, ③ 영국에서조차 의제신탁의 성립에 관한 여부가 불분명한 유형이나 정책적 판단의 영역인 경우에는 그 논의의 실효성이 없을 수 있기 때문이다.

이러한 기준에 따라 대표적인 개별 유형과 사례들을 표로 나누면 아래와 같다.

사례 유형	주요 개별 사례	우리법상 이미 구현	민법(또는 상속법)과의 충돌	논의 실효성
1	살인 취득 재산	O	O	X
	착오 송금	△ ²⁰⁶	△	O
2	충실의무 위반	O	△	△
3	수탁자의 의무 위반	O	△	△
4	비밀 신탁	X	O	X
5	공동 유언 약정	X	O	X
6	비대체물 매매	X	O	△
7	담보권자 의제신탁	X	O	X
8	미완성 이전	X	O	X

우선, 살인으로 취득한 재산에 대한 의제신탁은 이미 우리 민법의 상속편에서 규정하고 있고, 비밀 신탁, 공동 유언 약정에 대한 의제신탁들도 민법의 상속편과 충돌한다. 그리고, 비대체물 매매, 담보권자 의제신탁,

²⁰⁶ 2019. 8 현재 “수취인 거부로 반환되지 않은 ‘착오송금’ 관련 채권을 ‘예금보험공사가 매입’하여 송금인의 피해를 신속히 구제하고, 예금보험공사는 착오송금 수취인을 상대로 ‘지급명령 또는 소송’ 등을 통해 착오송금액을 ‘회수’하며, 회수된 자금은 착오송금 채권의 매입자금으로 다시 활용함”을 내용으로 하는 예금자보호법 개정안이 존재한다. 해당 개정안에 대한 설명으로는 임정하, *supra* note 175.

미완성 이전에 대한 의제신탁들은 각각 민법의 매매와 담보에 대한 법리 등과 충돌한다. 2 유형의 충실의무 위반과 3 유형의 수탁자의 의무위반에 대한 의제신탁의 경우에는 논의의 실익이 일부 있을 수는 있으나, 이 또한 민법의 법리 특히, 속칭 금전 도그마와 충돌하는 부분이²⁰⁷ 있다.²⁰⁸

따라서, 상기 유형과 사례 중 논의의 가치와 실익이 가장 큰 것은 ‘부당이득 금전 또는 범죄를 통한 취득 금전에 대한 의제신탁’ 유형 중 착오송금 사례이고, 이는 상기 사례 중 일반적으로 도입 논의가 가장 많이 이루어지고 있는 것이기도 하다.²⁰⁹

그러나, 아래에서 살펴보겠지만, 이 사례 또한 민법의 부당이득 반환 법리와 일부 충돌하는 부분이 있다.

3. 사례 예시: 부당이득 금전에 대한 원권리자의 우선권 보장

가. 우리법에서의 문제점

국내에서 의제신탁 도입이나 효용성에 대한 논의에서 가장 중심이 되는 의제신탁의 효과는 부당이득 금전 또는 범죄를 통한 취득한 금전에 대한 원권리자의 일반 채권자에 대한 우선권 보장이다.

²⁰⁷ 이는 제3장 제3절 III. 3. 에서 설명하도록 한다.

²⁰⁸ 모든 개별 사례에 대한 세부적인 검토는 본 논문의 주제 범위와 지면의 한계로 인해 상기의 표와 요약 설명으로 대신 갈음하도록 한다. 이에 대해서는 추후 다른 연구를 통해서 설명하도록 하겠다.

²⁰⁹ 예로는 이혜리, *전계논문* 174; 최준규, *전계논문* 174.;오영준, *전계논문* 175.;임정하, *전계논문* 175.

우리법은 ‘금전은 점유 있는 곳에 소유 있다’라는 명제를 기본 원칙으로 하고 있어서, 사기, 횡령 등의 이유로 금전이 이전되었을지라도 은행 계좌에 있는 장부상의 금전은 행위자에게 속하고 원권리자는 이에 대한 물권적 청구권을 주장할 수 없게 되며, 이로 인해서 행위자가 도산하거나, 해당 금전에 대해서 제 3 자의 압류가 이루어질 경우, 원권리자가 자신의 손실을 보전 받기 어려워진다.²¹⁰

이는 부당이득이나 범죄의 피해자에게 너무 가혹한 결과일 수 있고, 행위자의 일반 채권자의 입장에서는 피해자의 손실을 바탕으로 한 또 다른 부당이득(unjust enrichment)이 발생한 것일 수 있어서,²¹¹ 미국식 부당이득에 대한 의제신탁의 경우를 참고하여, 우리법에서도 절도, 사기, 횡령 등의 범죄로 인해서 금전을 잃은 피해자에 대해서는 우선권을 인정해 줘야 한다는 의견이 있다.²¹²

나. 의제신탁 성립의 효과

위와 같은 논의는 의제신탁을 대입하면 간단히 해결된다. 형평법은 초기부터 사기(Fraudulent)나 비양심적인(unconscionable)인 행위에²¹³

²¹⁰ 최준규, *supra* note 174. 94-95 면

²¹¹ Sherwin 은 이러한 측면에서 피해자에게 일반 채권자에 대한 우선권이 인정되어야 한다고 설명하고 있다. 보다 자세한 내용은 Emily L. Sherwin, *Constructive Trusts in Bankruptcy*, 1989 UNIV. ILL. LAW REV. 297-366 (1989).

²¹² 이해리, *전제논문* 174; 최준규, *전제논문* 174.

²¹³ Oakley 를 비롯한 일부 문헌에서는 영국 신탁에서도 비형평적(inequitable) 행위로 인한 재산 취득의 경우에도 의제신탁이 성립하는 경우도 있다고 설명하고 있으나, 비형평적 행위의 의미가 명확하지 않고, 이를 구체적 의제신탁의 부과로 연결하여 해석할 경우에는 이에 해당하는 일부 판례들의 연속성도 확인하

대한 구제수단의 하나로 의제신탁을 사용해 왔으며, 이는 앞서 설명하였듯이 미국 의제신탁의 경우에도 부당이득법 리스테이트먼트를 통해서 명문화하고 있다.

일방이 사기나 부당한 위압(undue influence)을 통해서 금전을 취득하거나,²¹⁴ 범죄를 통해서 재산을 취득한 경우²¹⁵ 해당 금전에 대한 의제신탁을 행위자에게 부과하여, 행위자의 금전 소유를 방지하고, 피해자에게 형평법적 권리를 인정하여 이를 통해 대상 금전에 대한 피해자의 우선권과 독립성을 부여하는 것이다.

다. 도입 논의의 한계: 형평법상 추급권의 부재

상기 사례를 검토함에 있어 유의해야 할 점은 원물인 금전에 대한 피해자의 우선권을 인정해주는 것은 정확히는 영미 신탁의 성립 효과인 형평법적 원물추급권이고, 우리법에서 이러한 우선권이 인정되지 못하는 이유는 신탁의 부재 때문이 아니라, 앞서 설명한 금전 도그마의 문제 때문이라는 점이다.²¹⁶

따라서, 불법행위와 부당이득의 대상 자금에 대해서 현행 우리 신탁법에 따른 신탁을 의제하는 규정을 만든다고 하더라도, 금전에 대한 피해자의 물적 청구권을 인정하기 힘든 우리 신탁법상의 추급의 한계로 인해서, 금전인 원물에 대해서는 여전히 우선권을 부여할 수 없고, 반대로

기 어렵기 때문에, 본 논문에서는 이에 대해 자세히 다루지는 않는다. 이와 관련된 자세한 논의로는 OAKLEY, *supra* note 136. at 59-88

²¹⁴ C.I.B.C. Mortgages v. Pitt. [1994] 1 A.C. 200.

²¹⁵ In the Estate of Crippen [1911] P. 108., Re Sigsworth. [1935] 1 Ch. 89.

²¹⁶ 형평법상 추급권에 대해 설명은 제 3 장 제 3 절 III. 3.

말하자면, 굳이 의제신탁을 도입할 필요없이 민법의 금전 도그마에 대한
개정이 이루어지면 ²¹⁷ 의제신탁과 같은 결과를 얻을 수 있는 것이다.²¹⁸

라. 개별 사례: 착오송금 사례

(1) 현행 문제점

송금인(송금의뢰인, 지급인) 또는 송금은행의 착오로 인하여 애당초 의
도하지 않았던 수취인에게 지급이 이루어진 것을 착오송금(transfer by
mistake)이라 하며,²¹⁹ 대부분의 착오송금은 송금인이 수취인을 잘못 적
시하여 이루어지는 경우가 대부분이다.

착오송금과 관련한 판례를 중심으로 한 기존 논의의 주요 주제는 착오
로 송금을 받은 수취인의 예금채권의 발생 여부와 이로 인한 부당이득
문제 그리고, 수취인의 예금채권이 인정된다면 이에 대한 제 3 자의 압류
의 유효 여부와 은행이 해당 예금채권을 대출채권과 상계하는 것이 가능
한지에 대한 문제였다.²²⁰

²¹⁷ 부당이득 및 불법행위에 대해서는 금전 도그마의 예외 적용을 검토할 필요
가 있다는 의견으로 최준규, *supra* note 174.

²¹⁸ 앞서 설명하였듯이 전체 부당이득의 법리의 일부로 미국식 의제신탁을 관련
조문의 추가를 통해서 도입하거나, 금전 도그마를 수정하는 방법은 법리적 문제
와 법정책적 문제로 인해서 쉽게 가능하지는 않을 것으로 판단된다. 이는 기존
민법의 부당이득 법리와의 정합성 문제와 함께 도산법상의 채권자 평등 원칙과
의 관계를 생각할 때 전반적인 민법 체계의 변경 논의를 거쳐야만 가능할 것으
로 생각된다.

²¹⁹ 정순섭, *은행법* (1 ed. 2017). 393 면

²²⁰ 서희석, *지급인의 착오로 인한 자금이체의 효력 - 착오이체의 법률관계에
관한 판례법리의 전개*, 20 *비교사법* (2013); 서희석, *은행의 착오로 인한 자금*

이에 대해 관련 주요 판례들²²¹은 대부분 일관하여 ‘송금의뢰인과 수취인 사이에 계좌이체의 원인인 법률관계가 존재하는지 여부에 관계없이 수취인과 수취은행 사이에는 계좌이체금액 상당의 예금계약이 성립하고, 수취인이 수취은행에 대하여 위 금액 상당의 예금채권을 취득한다’고 판시하고 있다. 그리고, 수취인의 예금채권이 인정되는 이상, 이에 대한 수취인의 채권자의 압류를 인정하고 있고,²²² 수취은행의 상계 또한 인정하고 있으며,²²³ 이는 유사 사례에서의 일본 최고재판소의 태도와 궤를 같이하고 있다.²²⁴

상기와 같이 송금의뢰인과 수취인 사이에 계좌이체의 원인인 법률관계가 존재하는지 여부에 관계없이 수취인의 예금채권의 성립을 인정하는 태도를 통상적으로 원인관계 불요설²²⁵이라 한다. 이러한 판례의 태도에 대해 너무 은행의 보호만을 중시한 의견이라는 일부 비판은 있으나, 전반적으로 지급결제 시스템 안전성 측면에서 이를 전면적으로 부정하는 의견은 찾기 어려운 실정이다.

문제는 위와 같은 원인관계 불요설에 따른 예금채권의 성립을 인정할 경우, 필연적으로 예금채권에 대한 수취자의 악의적 사용, 제3자의 압류, 수취은행의 상계, 수취인이 파산한 경우 등의 문제가 따르게 된다. 이에 대한 적절한 제한이 없을 경우 착오 송금자에게는 너무 가혹한 손해를

이체의 효력 - 대법원 2012.10.25. 선고 2010 다 47117 판결, 64 민사법학 275-319; 오영준, *supra* note 175.

²²¹ 대법원 2007. 11. 29 선고 2007 다 51239 판결, 대법원 2006.3.24. 선고 2005 다 59673 판결, 대법원 2005.11.24. 선고 2005 다 54456 판결 등

²²² 대법원 2009. 12. 10. 선고 2009 다 69746 판결, 대법원 2006.3.24. 선고 2005 다 59673 판결.

²²³ 대법원 2010.5.27. 선고 2007 다 66088 판결, 대법원 2005.11.24. 선고 2005 다 54456 판결, 대법원 2004.5.14. 선고 2004 다 12219 판결.

²²⁴ 오영준, *전제논문* 175. at 86-88

²²⁵ 원인관계 필요설 및 불요설에 대한 설명으로는 *Id.* 88-90 면

입히고, 이러한 손해를 바탕으로 은행 또는 제 3 자인 수취인의 채권자가 지나친 이익을 얻는 문제가 발생하게 된다.^{226, 227}

이는 기존 판례의 태도에 따를 경우 원칙적으로 예금채권은 수취인의 소유에 속하므로, 수취인이 이를 사용하는 것을 제한하거나, 수취인이 소유한 예금채권에 대해서 제 3 자나 은행이 압류 또는 상계를 하는 것을 막거나, 착오 송금 자체를 신속히 정정해야 할 의무를 수취인과 은행에게 부과할 법적 근거를 찾기는 쉽지 않기 때문이다.

이에 대해, 수취인이 착오 송금된 금원을 인출·사용한 행위를 횡령으로 의율한 대법원의 판례가²²⁸ 존재하고, 은행의 상계가 신의칙 위반이나 권리남용에 해당할 경우 이를 제한할 수 있다는 판례가²²⁹ 존재한다. 그러나, 민사적 의무부과로 충분한 것을 형사적으로 해결하는 것은 과한 측면이 있고, 원칙으로 은행의 상계를 인정하고, 예외적으로 권리남용이 인정될 때 상계를 인정하지 않는다는 태도는 착오 송금인에게 너무 가혹하고, 권리남용 요건의 불확실성의 특성상 예측 가능성의 문제도 있을 수 있다.

은행과 은행의 지급결제시스템의 중요성과 안정성을 감안할 때, 원인관계 불요설에 따른 예금채권 성립의 현실적 타당성을 부정하기는 어렵다. 하지만, 이러한 수취인의 예금채권에 대한 소유권에 대해서는 일정 부분의 제약은 필요하다.

²²⁶ 동지의 논의로 서희석, *전제논문* 220. 752-754 면

²²⁷ 더군다나, 은행의 착오로 송금이 이루어진 경우에는 은행의 부당이득반환청구권과 수취인의 예금채권의 상계를 인정한 대법원 2012.10.25. 선고 2010 다 47117 판결을 감안할 경우, 은행과 대비하여 일반적인 착오 송금인에 대한 보호의 형평성 문제도 제기될 수 있다. 이에 대한 논의로는 서희석, *supra* note 220.

²²⁸ 대법원 2006. 10. 12. 선고 2006 도 3929 판결, 대법원 2005. 10. 28. 선고 2005 도 5975 판결

²²⁹ 대법원 2010.5.27. 선고 2007 다 66088 판결

이를 다른 말로 표현하면, 자산(착오 송금된 금원)의 (수취인으로서의) 이전은 인정하지만, 이러한 자산의 사용과 관리는 타인(착오 송금인)의 이익을 위해야 하는 제약이 따라야 하는 것이고, 이는 수취인을 수탁자로, 송금인을 수익자로 하는 신탁의 성립을 통해서 간단하게 해결될 수 있다.

(2) 의제신탁을 통한 해결

영국 신탁법은 사기 또는 비양심적 행위를 통해 취득한 재산에 대해서 의제신탁을 부과한다.

영국 형평법 법원은 Chase Manhattan Bank NA v Israel-British Bank (London) Ltd.²³⁰에서 원고가 실수로 피고에게 이중 송금을 한 금원(두 번째 송금한 금원)에 대해서 의제신탁의 성립을 인정하였다. 해당 판결에서 Goulding J.는 착오로 지급된 금원은 수령자를 수탁자로 의제(constitute)한다고 하면서 ‘송금인은 (착오 지급된) 금원에 대한 형평법적 권리(equitable property)를 보유하고 있고, 수취인의 양심(conscience)은 송금인의 권리에 대한 신인의무(fiduciary duty)의 대상이 된다’고 판시하였다.^{231, 232}

²³⁰ [1981] Ch. 105.

²³¹ Chase Manhattan Bank NA v Israel-British Bank (London) Ltd. [1981] Ch. 105. at 119

²³² Hayton은 해당 판례에 대해서 의제신탁이 성립된 결과에 대해서는 동의하지만, Goulding J.의 판단 근거에 대해서는 동의하지 않는다고 밝히고 있다. Hayton은 Goulding J.가 수취인의 주관적 인식과 상관없이 의제신탁이 성립되는 것으로 보고 있다고 전제하고, 수취인이 송금인의 착오를 인식할 때에만 의제신탁이 성립되어야 한다고 설명하고 있다. MCFARLANE AND MITCHELL, *supra* note 3. para 14-214~14-128

그리고, 미국 법원은 착오로 지급된 금원은 형평과 선량한 양심(ex aequo et bono)에 따라 곧장 돌려주어야 한다고 명시하고,²³³ 위 영국 사례와 유사한 이중지급 사안에 대해서 수취자의 부당이득(Unjust Enrichment)을 인정하고, 착오로 지급된 금원에 대한 의제신탁의 성립을 인정하였다.²³⁴

형평법상 추급권이 포함된 영국과 미국의 의제신탁이 부과되면 착오 수취자의 해당 금전에 대한 소유권은 인정되면서도, 이러한 금전의 관리에 대해서 수취자에게 수탁자로서의 의무를 부여하고, 송금자는 금전에 대한 수익자로서의 우선권이 인정된다.

위와 같은 착오송금에 대한 의제신탁 부과는 단순히 해당 금전에 대한 우선권의 이점만이 있는 것이 아니다. 현행 우리 법체계에서는 착오 수취자는 민법에 따라 부당이득의 반환 의무는 있으나, 이러한 부당이득 반환 의무가 해당 금전에 대한 관리의무까지 포괄하고 있는 것으로 설명하기는 어렵다. 따라서, 따로 책임재산이 없는 수취자가 해당 금전을 낭비하는 것에 대해서는 형사적으로 사후에 배임의 죄책을 물을 수 있는 가능성은 있으나, 사전적으로 민사적인 의무를 부과하기는 어렵다. 하지만, 신탁을 부과할 경우 수취자에게 수탁자의 관리의무와 충실의무가 부과되는 이점이 있고, 이는 민사에 대한 과도한 형사 개입의 축소라는 면에서 의제신탁의 또 다른 효과로 볼 수 있다.

4. 소결: 의제신탁 개별 유형 도입론의 한계

²³³ W.B. Hibbs & Co. v. First Nat. Bank of Alexandria, 112 S.e. 669, 673(1922) (W.D. Va. 1990) t

²³⁴ 예로는 Bank of Alex Brown v. Goldberg, 158 B.R. 188(E.D. Cal. 1993), In re Berry, 147 F. 208(2d Cir. 1906)

착오송금의 범위를 은행계좌로의 착오송금으로 한정 짓는다면, 상기 의제신탁의 내용을 제정법신탁의 형태로 규정하는 것을 상정할 수 있고, 실제로 신탁의 방식은 아니더라도 착오송금의 송금자에 대한 보호를 위한 개정안이²³⁵ 준비되고 있기도 하다.

의제신탁의 개별 유형이나 사례에 대한 도입에 있어서 주의할 점은 기존의 문제가 신탁이 적용되지 않아서였는지 아니면, 우리 민법의 기본적인 부당이득 법률 체계의 한계 때문이었는지에 대한 신중한 논의가 우선 이루어져야 한다는 것이다. 기존의 법체계에서의 한계나 문제점은 그 자체에 대한 논의로 개선되어야 하는 것이지 문제가 되는 개별 사례들에 대한 신탁의 도입 논의만으로는 근본 문제를 해결할 수 없고, 이는 결국 기존 법체계와의 정합성 문제와 함께, 유사 사안에서의 형평성 문제를 야기시킬 수밖에 없기 때문이다.

IV . 의사신탁의 경계로서 의제신탁

1. 의제신탁과 의사신탁 경계의 모호성

우리법에서 의제신탁은 허용되지 않는다는 점에 대해서는 이견이 존재하기 어렵다. 다만 그렇다고 해서 우리법에서 의제신탁에 대한 논의의 의의가 없는 것은 아니다.

²³⁵ 2019. 8 현재 “수취인 거부로 반환되지 않은 ‘착오송금’ 관련 채권을 ‘예금보험공사가 매입’하여 송금인의 피해를 신속히 구제하고, 예금보험공사는 착오송금 수취인을 상대로 ‘지급명령 또는 소송’ 등을 통해 착오송금액을 ‘회수’하며, 회수된 자금은 착오송금 채권의 매입자금으로 다시 활용함”을 내용으로 하는 예금자보호법 개정안이 존재한다.

대부분의 대륙법계 국가에서는 의사신탁만을 중심으로 신탁을 정의하고 있기 때문에 의제신탁을 의사신탁의 반대되는 의미 정도로 받아들이고, 의제신탁을 판례법과 형평법으로 상징되는 영미법계 국가의 특유한 제도로만 인식하고 있는 경우가 많다.²³⁶ 이에 의사신탁과 의제신탁을 뚜렷하게 구별될 수 있는 것으로 생각하는 경향이 있다.

그러나, 실제로는 두 신탁들의 정의에 있어서의 명확한 구별에도 불구하고, 실제 사례에서 의사신탁과 의제신탁을 구별하는 것은 쉽지 않은 일이다. 일례로 *Soar v. Ashwell*에서의 Kay. L.J의 “의사신탁과 의제신탁의 구별을 위한 명확한 선이 그어진 것으로 보이지는 않는다”²³⁷는 판시 내용은 법원의 이러한 어려움을 잘 나타내 주고 있다.

단순히 구조적 정의만을 놓고 본다면, 신탁 설정 의사²³⁸가 존재하는 의사신탁과 신탁 설정 의사에 관계없이 법원에 의해서 부과되는 의제신탁의 구별은 명확하고 큰 문제가 없을 것으로 생각될 수도 있다.

그러나 신탁 설정 의사가 명시적으로 표현되지 않더라도, 행위의 상황과 당사자의 행동에 대한 법원의 추론(infer)을 통해서도 묵시적으로 성립될 수도 있다는 점을 감안하면, 묵시의사신탁과 의제신탁의 경계는 실제에서는 아주 미세한 차이를 통해서만 구분되는 것이어서 그 구별이 용이하지 않다.²³⁹ 당사자의 명확한 신탁 설정 의사 표시가 없는 상태에서 결과적으로 법원이 신탁의 성립은 인정하면서도, 신탁 성립의 필요성만을 설명하고 구체적인 성립 이유를 설시하지 않을 경우에는 그렇게 인정

²³⁶ 유의해야할 점은 과거에는 의제신탁만이 아닌 일반적인 의사신탁 또한 대륙법계 국가에는 맞지 않는 것으로 인식된 적이 있다는 것이다. 이에 대한 설명으로는 LUPOL, *supra* note 45. at 267-271

²³⁷ *Soar v. Ashwell* [1893] 2 Q.B. 390 at 401.

²³⁸ 신탁 설정 의사에 대해서는 제 4 장 제 4 절에서 설명하도록 한다.

²³⁹ GARTON ET AL., *supra* note 3. at 115-117

된 신탁이 목시의사신탁인지 의제신탁인지를 사후적으로 확인하는 것은 어려운 일일 수밖에 없다.²⁴⁰

실례로 우리나라의 경우, 당사자의 신탁의 성립 여부가 문제되었던 사채원리금 지급대행계약 사건(대법원 2002. 7. 26. 선고 2000 다 17070 판결)에서 법원이 성립을 인정한 것이 목시의사신탁인지 의제신탁인지 여부에 대한 논의가 있었으며,²⁴¹ 일본의 경우에도 공사전도금 사건(最高裁 2002.1.17 第一小法庭判決(民集 56 卷 1 号 20 項)에서 유사한 논의²⁴²가 이루어졌다.²⁴³

²⁴⁰ 대륙법계인 한국과 일본의 법원은 판시에 있어서 영국과 미국의 법원에 비해서 상대적으로 결론에 이르게 된 구체적인 개별 논리들을 설명하는 경우는 많지 않다. 대신, 주로 사안에 적용되는 법조문을 중심으로 하는 형식적, 구조적 설명에 머무는 경우가 많기 때문에, 당사자의 신탁 설정 의사와 같이 법조문에서 명확하게 설명하고 있지 않은 요건이 문제가 되는 경우에는, 상세한 이유 설명이 없는 경우에는 판결에 적용된 신탁이 어떤 것인지 알기 힘든 경우가 많다. 대륙법계 법원의 상대적 특징을 프랑스 법원을 중심으로 설명한 글로는 J H H WEILER & MITCHEL LASSER, *Anticipating Three Models of Judicial Control, Debate and Legitimacy: The European Court of Justice, the Cour de cassation and the United States Supreme Court* (2003).

²⁴¹ 이에 대해 정순섭(2004)은 명시적으로는 밝히지는 않았으나, 법원이 사안에서 목시의사신탁을 인정했을 가능성에 무게를 두었으며, 임채웅(2008)은 법원이 의제신탁을 인정한 것이라고 주장하였다. 정순섭, 社債元利金 支給代行契約의 法的 性質論, 5 증권법연구 317-350 면 (2004); 임채웅, 默示信託과 擬制信託의 研究 - 평석대상 판결 대법원 2002. 7. 26. 선고 2000 다 17070 판결, 저스티스 277-302 면 (2008).

²⁴² 논의에 대한 설명은 安藤朝規, 請負者の破産と預金債権の帰属 (最判平成 14・1・17), in 信託法 実務判例研究 4-14 (新井誠 ed., 2015). at 4~14

²⁴³ 七戸克彦 는 당해 판결에 대해서 목시적 의사신탁의 성립에 있어서 엄격한 요건이 없이 법원의 사후적 판단만으로 이루어질 경우 이는 의제신탁이 성립하는 것이나 마찬가지로 논지로 비판하고 있다. 七戸, *supra* note 22. at 713-715

위와 같은 문제는 우리법에서의 신탁의 성립 범위를 확인하는 데에 큰 장애가 된다. 우리 신탁법의 해석상 당사자의 신탁 설정 의사가 아예 존재하지 않는 경우에 법원에 의해서 부과·성립되는 의제신탁은 우리법상 신탁으로 허용되지 않기 때문에, 묵시의사신탁과 의제신탁의 경계선을 확인하지 못할 경우 신탁의 구체적이고 실질적인 성립 범위를 확인하는 것은 매우 어려운 일이 된다.

이는 실은 단순히 영국으로부터 신탁법을 개수한 대륙법계에서만 발생하는 문제가 아니라 영국에서도 17 세기부터 끊임없이 이어져온 문제이며, 이는 영국 신탁의 기원과 발전, 그리고 분류의 과정에서 내생적으로 발생한 문제로 보는 것이 옳을 것이다.

따라서, 의사신탁과 의제신탁의 성립 범위와 구별에 대한 논의를 이해하기 위해서는 우선 의제신탁의 기원을 간단하게라도 확인할 필요가 있다. 앞서 설명한 신탁의 기원을 살펴보면 당시의 행위 당사자는 자신들의 법률관계나 행위가 신탁이나 증여 등의 어떠한 행위에 해당하는가를 구체적으로 인식하고 행한 것이 아니었다.²⁴⁴ 형평법 법원 또한 당사자의 행위에서 발견되는 특정 요건에 대한 관찰만을 통해서 신탁을 발견한 것이 아니라, 부당한 결과를 방지하기 위해 신탁을 발전시킨 것이기 때문에 초기 신탁에서는 ‘당사자들의 신탁 설정 의사에 의한’ 의사신탁과 ‘당사자들의 신탁 설정 의사와 상관없는’ 의제신탁의 구별이 명확히 이루어지지 않았다. 그리고, 현재까지도 문헌의 간명한 정의와는 달리 두

²⁴⁴ 신탁의 기원인 Use 가 만들어진 시대의 법률 발전 수준을 감안할 때 지금과 같은 증여나 임치 등의 구별이나 인식이 이루어졌을 것으로 생각하기는 어렵다. 다만, 중요한 점은 이러한 일은 비단 17 세기 이전에만 벌어진 현상이 아니라, 전문 변호사를 고용한 거대 기업들과 금융기관들의 최근 거래에서도 반복적으로 벌어지고 있는 일이다. 예로는 Don King Productions Inc v Warren [2000] Ch 291, Giles and others v Westminster Savings Credit Union and others 2006 BCSC 141

신탁의 경계선은 적지 않은 사례에서 매우 미세하고 흐릿하게 나타나고 있다.

2. 의제신탁과 의사신탁의 역사적 관계

가. 의제신탁의 기원: 의사신탁과의 분화 ²⁴⁵

의제신탁으로 분류할 수 있는 사례는 17 세기 전반까지는 뚜렷하게 많이 발견되지는 않다가, 17 세기 후반부터 나타나기 시작한다. 물론 당시에 의제신탁(Constructive Trust)이라는 용어를 사용하지는 않았으나, 이 시기부터 법원이 당사자의 의사와 상관없이 신탁을 의제한 경우들이 발견되고 있다고 한다.

‘의제신탁’이라는 용어가 판례에 사용된 최초의 사례로 알려져 있는 것은 1676 년의 Cook v Fountain 에서 Lord Nottingham 의 판시에 의해서였으며, 성문법에서 의사신탁과 의제신탁이 최초로 구별된 것은 바로 다음해인 1677 년의 the Statute of Frauds 1677 ²⁴⁶에서 었다.

Cook v Fountain 에서 Lord Nottingham 은 기존에 없던 종류의 신탁인 의제신탁을 만들었다기 보다는, 당시 입법작업 중이었던 the Statute of Frauds 1677 과 관련하여 기존에 법원의 판단에 의해서 성립 여부가 확인되던 신탁들의 경계를 구별하고, 특히 의제신탁을 구분해야 할 필요성을 인식하고 있었기 때문인 것으로 생각된다. ²⁴⁷

²⁴⁵ 영국 의제신탁의 기원에 대해서는 주로 이하의 문헌들을 참조하였다.

Matthews, *supra* note 130; OAKLEY, *supra* note 136.

²⁴⁶ 정식 명칭(Title)은 An Act for prevention of Frauds and Perjuries

²⁴⁷ Statute of Frauds 법안이 상원(House of Lords)에 처음 소개된 것은 1673 년이고 이후 수정 등을 거쳐서 1677 년에 법안이 통과(Royal assent)되었다. 이 과정에서 Lord Nottingham 이 본 법안 초안의 주요 작성자였다는 의견이 있으

Statute of Frauds 1677 은 “만연한 위증에 의한 사기(Frauds)를 방지하기 위해서”²⁴⁸ 부동산(Real Property)에 대한 계약·증여·양도 등의 특정 행위에 대해서는 권리를 가진 자의 서명이 되어 있는 문서에 의해서 입증되어야 한다고 규정하였으며, 이는 신탁에 대해서도 마찬가지로, 부동산에 대한 신탁은 해당 신탁을 선언할 수 있는 법적 권리가 있는 사람의 서명이 된 문서에 의해서 입증되어야만 한다고 규정하였다. 다만 이에 대한 예외로 법원의 해석(Implication)이나 의제(Construction)에 의해서, 또는 법에 의해서(an act or operation of Law) 성립되는 신탁에 대

며, 그렇지 않다 하더라도 최소한 이 법안의 내용을 알고 있었을 가능성이 높기 때문에, 1676 년에 Cook v Fountain 판결 이전부터 Lord Nottingham 은 이미 법안에서 다루고 있는 의사신탁과 의제신탁의 구분에 대한 인식과 의견을 가지고 있었을 것으로 추정된다. Statute of Frauds 와 Lord Nottingham 의 관계에 대해서는 George P. Costigan & Jr., *The Date and Authorship of the Statute of Frauds*, 26 HARV. LAW REV. 329 (1913).

²⁴⁸ For prevention of many fraudulent Practices which are commonly endeavoured to be upheld by Perjury and Subornation of Perjury.

<https://www.legislation.gov.uk/aep/Cha2/29/3/introduction>

해서는 위와 같은 문서에 의한 입증이 필요하지 않다고 규정하였다.^{249, 250}

이는 당시의 신탁에 대한 법원의 고민을 반영한 입법으로 평가받는다. 현대 이전까지 대부분의 신탁의 주요 대상 재산은 토지(Land)였고,²⁵¹ 문제가 되는 주요 사안에서 계속 반복되던 논쟁 대상은 구두 증거밖에 없는 토지 신탁 주장의 신뢰성이었기 때문에 토지 신탁에 대해서 일정한 성립요건²⁵²을 요구하는 법안이 나오게 된 것은 어찌 보면 당연한 결과

²⁴⁹ [7] AND bee it further enacted by the authoritie aforesaid That from and after the said fower and twentyeth day of June all Declarations or Creations of Trusts or Confidences of any Lands Tenements or Hereditaments shall be manifested and proved by some Writeing signed by the partie who is by Law enabled to declare such Trust or by his last Will in Writeing or else they shall be utterly void and of none effect.

[8] PROVIDED alwayes That where any Conveyance shall bee made of any Lands or Tenements by which a Trust or Confidence shall or may arise or result by the Implication or Construction of Law or bee transferred or extinguished by an act or operation of Law then and in every such Case, such Trust or Confidence shall be of the like force and effect as the same would have beene if this Statute had not been made. Anything herein before contained to the contrary notwithstanding.

²⁵⁰ 지금의 기준으로 보면 법정신탁(Implied Trust)에 속하는 신탁들을 설명한 것으로 보인다. 다만 묵시의사신탁과 의제신탁의 구별 기준이 당시와 지금이 다르다는 것을 유의해야만 한다.

²⁵¹ M. W. LAU, THE ECONOMIC STRUCTURE OF TRUSTS (2011). at 2-3

²⁵² Statute of Frauds 1677 에서 규정한 것이 성립요건인지 입증요건인지에 대해서는 의견들이 갈리고 있다. 이는 본 논문의 주제에서 벗어나는 것이므로 자세히 다루지는 않는다. 이에 대한 자세한 논의는 SWADLING, *supra* note 197.

였다. 또한 당사자가 설정을 의도하지 않았더라도 법원의 의해서 성립되는 신탁에 대해서는 예외를 둔 것도 논리상 당연한 귀결이었다.²⁵³

이와 같은 논의를 통해 의제신탁 구분의 필요성을 인식하고 있던 Lord Nottingham은 신탁의 분류와 관련하여 다음과 같이 판시하였다.

“사안의 어느 부분이 신탁이고 어느 부분이 신탁의 영향을 받지 않는 것인지를 특정해야만 하지만, 그 이전에 다른 모든 사안들을 규정하고 사용하기 위한 신탁 적용의 규정들과 구별을 정해 놓아야만 한다. 모든 신탁은 당사자의 행동을 통해서 성립되는(*be raised or created*) 의사신탁과 당사자들의 행동 또는 ‘법의 의제’(*construction of law*)를 통해서 성립되는 법정신탁(*implied trusts*) 중의 하나이다. 의사신탁은 말이나 글을 통해서 선언(*declaration*)된다. 그리고 이러한 선언은 직접적으로 또는 입증 증거(*manifest proof*)를 통해서 나타나거나, 간접 사실에 의한 추정(*violent and necessary presumption*)을 통해서 나타난다. 이러한 간접적인 추정을 통해서 나타나는 신탁을 추정신탁(*presumptive trusts*)이라고 한다. 이는 명백하고 직접적인 증거(*plain and direct proof*)가 없더라도 법원이 모든 상황을 고려하여 말이나 글에 의한 선언이 있었다고 추정하는 것이다. (본 사건에서) 문제가 된 사안에는 말이나 글에 의한 신탁의 선언이 있다는 어떠한 증거도 없다. 따라서 본 상황에서 신탁을 인정하기 위해서는 그것이 법에 의해서 부과되거나 법원에 의해서 의제되어야만 한다. 하지만 이러한 신탁에 대해서 절대적으로 지켜져야만 하는 규칙이 있다. 절대적인 필요성이 인정되지 않는다면 법은 신탁을 부과하지 않고, 법원은 신탁을 추

²⁵³ 가족 간의 재산관리에 있어서는 이러한 형식 준수가 당연히 잘 이루어지지 않았고, 이로 인해 발생하는 절차와 실질 사이의 공백을 메우는 역할로 법정신탁(*Implied Trust*)이 많이 사용되게 되었다. GARTON ET AL., *supra* note 3. at

정해서는 안 된다. 이러한 규정이 신성한 이유는 다음과 같다. 만약 불필요한 상황에서도 법원이 법의 부과를 통해서 신탁을 성립시키거나(construe) 신탁을 추정할 수 있는 자유를 가지게 된다면, 이는 형평법 법원장에게(Lord Chancellor) 영국에 사는 어떤 사람에게서든 그의 자산을 뺏을 수 있는 길을 열어주는 것이기 때문이다.”

위의 Lord Nottingham 의 구별에 따르면, 신탁은 ① 의사신탁(Express Trust): 말이나 글을 통해서 선언되는 신탁 / 추정신탁(presumptive trusts): 간접적인 추정을 통해서 나타나는 신탁 ② Implied²⁵⁴ by fact Trust / Implied by law Trust 의 두 카테고리로 나누어진다. 첫 카테고리에 속한 신탁은 ‘신탁의 선언’이 확인되거나 상황을 통해서 추정되는 것들을 포함하며, 두번째는 ‘신탁의 선언’은 추정되지 않지만, ‘신탁의 존재’는 상황을 통해서 추정되는 신탁과 법원에 의해서 의제되는 신탁을 포함하고 있다.

이러한 구별에서 명확하지 않은 것은 ‘신탁의 선언’이 추정되는 것과 ‘신탁의 존재’가 추정되는 것의 차이가 명확하지 않다는 점이다. 더 나아가 ‘신탁의 존재’가 정황으로 추정되는 것과, 정황상 법원이 신탁을 의제해야 할 필요성이 인정되는 경우의 실무적인 구별 또한 쉽지 않다. 이러한 어려움은 상기 분류의 목적에 기인한 측면이 있다.

상기의 분류는 명확히 종류가 다른 신탁을 법원이 구별한 것이라기보다는 당사자의 의사를 확인하려는 법원의 노력이 어느 단계까지 질 수 있는가에 대한 단계적 구별로 보는 것이 타당할 것이다. 바꾸어 말하면, 법원이 신탁을 성립시킬 수 있는 상황의 한계를 설명한 것으로도 볼 수 있다. 이러한 관점에서 보자면, 가장 극단에 있는 의제신탁의 중심 논의

²⁵⁴ 여기에서 사용되는 Implied 가 가리키는 의미는 일반적으로 법정신탁으로 해석되는 Implied Trust 의 Implied 의 의미와는 다소 다르다. Implied Trust 의 의미와 번역에 대해서는 제 2 장 제 3 절 2. 나. (1) (가)에서 설명하고 있다.

는 신탁 설정 의사나 신탁의 존재조차 추정되지 않는 상황에서도 법원이 필요에 의해 신탁 설정 의사를 추정할 수 있는가의 문제이다.²⁵⁵

따라서 Lord Nottingham 이 설명한 초기의 의제신탁은 당사자의 설정 의사와 완전히 별개로 성립되는 신탁이라기보다는, 그 어떠한 증거가 없더라도 상황을 통해 당사자의 가정적 의사까지도 추정하여 성립되는 것으로 이해할 여지가 있다.²⁵⁶ 즉, 의제신탁까지도 당사자의 (비록 신탁 설정 의사는 아니더라도) 의사에 대한 끊임없는 확인과 추론을 거쳐서 성립되는 것이라고 볼 수 있다.

나. 의제신탁의 형평적 결과 추구

그러나, 오해해서는 안 되는 점은 “법원이 당사자의 행위에 반영된 의사를 확인하려고 노력해야만 한다는 점이 법원이 이와 동시에 공평한 (fair) 결과를 추구하는 것을 막는 것은 아니라는 것”이다.²⁵⁷ 이러한 사실을 감안한다면, ‘의제신탁은 당사자의 신탁 설정 의사와 관계없이 (irrelevant) 성립된다’는 의미는 애초부터 당사자의 의사가 무시된다는 의미는 아니다.

당사자의 실질적·내재적·추정적 의사에 대한 확인의 노력은 있어야 하지만, 설령 신탁 설정 의사가 확인되지 않는다고 하더라도 신탁이 개입

²⁵⁵ 법정신탁에 대한 동지의 논의로 ‘(법정신탁과 관련하여 중요한 문제는) 법정 신탁이 어떤 측면에서 당사자의 의사에 기하는지, 법적 신탁은 비형식적으로 표시된 당사자의 의사에 기초한 것인지, 당사자의 비형식적으로 표현된 의사, 비형식적이지만 당사자 사이에 공유된, 또는 당사자의 행위를 통해서 추정되는 (presumed) 의사를 실현시키는 수단인지, 또는 법원의 역할은 당사자가 그때 그 문제를 고려했다면 가졌을 것으로 생각되는 의사가 있는 것으로 여겨야 하는 것인지를 문제이다.’ GARTON ET AL., *supra* note 3. at 605

²⁵⁶ 동지의 논의로 LUPOI(2000), *supra* note. at 14

²⁵⁷ Lady Hale in *Stack v Dowden* [2007] UKHL 17, [2007] 2 AC 432 [61]

해야 할 필요성이 강하게 인정된다면, 법원이 신탁의 존재를 의제할 수도 있다는 의미로 이해하는 것이 타당할 것이다.

오늘날의 관점에서 Cook v Fountain 에서 인정된 Implied by fact Trust 는 묵시 의사신탁이나 추정 복귀신탁으로 분류될 가능성이 높다. 그리고, 초기의 의제신탁들이 주로 신탁 설정의 요건을 충족하지 못한 의사신탁의 구체적인 수단으로 사용된 측면이 있었다면, 현재의 유형화된 의제신탁들은 당사자의 가정적 의사를 추정하는 것보다는,²⁵⁸ ‘신탁이 필요하지만 존재하지 않는 상황’에 대한 구체 도구로 사용되는 측면이 있다. 하지만, 여전히 당사자의 의사가 불분명한 상태에서 인정된 신탁이 의사신탁인지 의제신탁인지를 확인하는 것은 용이하지 않다.

3. 소결: 의사신탁과 의제신탁의 구별 기준

앞서 살펴보았듯이 실제 사례 해결에 있어서 묵시 의사신탁과 의제신탁의 구별은 쉽지 않다. 묵시 의사신탁 또한 결과적으로는 당사자의 행위에 대한 법원의 해석을 통해서 성립하는 것이기 때문에 법원이 해석에 있어 ‘선’(fine line)을 넘으면 자칫 의제신탁을 인정하는 것과 같은 결과가 초래될 수 있다.

이에 대해서 실효적인 기준을 찾는 방법은 의제신탁의 범주를 확인하는 것이 아니라 묵시 신탁을 포함한 의사신탁의 성립 요건과 범위를 확인하는 것이다. 신탁의 실질에 해당하는 법률관계를 창설하고자 하였으나 이에 대한 창설 의사가 명시적으로 표시되지 않은 경우를 객관적인 기준을 통해서 확인하면 되는 것이다. 당사자의 주관적인 의사와 상관없이 당사자들이 창설한 법률관계가 객관적으로 신탁의 실질에 해당하지 않거나 해당한다고 하더라도 의사신탁의 성립을 위한 요건을 충족시키지 못했다면, 이에 대해서는 신탁의 성립을 인정해서는 안 된다. 이를 인정할 경

²⁵⁸ 당사자의 의사를 추정하는 것은 추정 복귀신탁에 가깝다.

우 이는 우리법에서 허용되지 않는 의제신탁의 성립을 법원이 인정한 것과 마찬가지로 될 것이다.

V. 소결: 우리 신탁법의 성립 범위

앞에서 설명하였듯이 영국 신탁의 핵심은 ‘사적자치만으로는 부당한 결과가 초래되는 것을 막기 위한 형평법 법원의 의무 부과에 있는 것’이다. 우리 신탁법의 경우 계약을 기반으로 한 신탁만을 중심으로 논의하고 있기 때문에, 이처러 법원이 ‘개입’하여 ‘신탁을 부과’한다는 개념은 우리 법체계에는 적합하지 않은 설명으로 보일 수도 있다.

우리 신탁법에서는 영국 신탁법의 포괄적 정의에 해당하는 내용은 확인하기 어렵고, 의제신탁으로 해석될 여지가 있는 내용도 명확히 확인되지는 않는다. 우리 신탁법 제 2 조는 동법 제 3 조 제 1 항과 결합하여 신탁의 정의에서 그 성립 범위를 한정하고 있다. 신탁법 제 2 조에서는 ‘위탁자와 수익자 간의 신임관계에 기하여 특정의 재산을 이전하거나 담보권의 설정 또는 그 밖의 처분을 하는’, ‘수탁자로의 신탁재산의 이전 등’을 신탁의 정의에 포함하고 있으며, 이러한 신탁재산의 이전 등은 신탁법 제 3 조 제 1 항에서 열거한 계약·유언·신탁선언의 신탁 설정 행위를 전제로 하고 있다.

즉, 우리 신탁법은 당사자의 신탁 설정 행위에 의해서 설정되는 의사신탁(Express Trust)만을 신탁으로 정의하고 있고, 이러한 의사신탁의 정의에 있어서는 영미에서의 논의로부터 큰 차이점을 보이고 있지는 않다. 그러나 반대로 말하면 당사자의 신탁 설정 의사가 없음에도 특정 상황에서 이를 추정하는 추정 복귀신탁(Presumed resulting trust)과 당사자에 의한 신탁 설정 행위가 없는 의제신탁(Constructive trust)은 현행 우리 신탁법상의 신탁에는 포함될 여지가 없다.

第 4 節 소 결

우리 신탁법상의 신탁의 정의는 영미의 신탁 범위의 기준으로 보자면, 당사자의 설정의사를 바탕으로 한 의사신탁만을 포함하고 있고, 당사자의 설정의사와 상관없이 법원의 판단에 의해서 성립하는 의제신탁은 인정되지 않는다.

하지만, 신탁 성립의 확인은 법원에 의해서 사후적으로 이루어지는 것이다. 당사자의 설정의사가 명시적으로 확인되지 않는 경우에 법원이 의사신탁의 성립을 확인하는 것은 신탁이 성립되지 않았음을 주장하는 당사자의 입장에서는 ‘신탁이 아닌 법률관계’가 신탁으로 성질결정되는 것이나 마찬가지이며, 이러한 법원 판단의 기준이 명확하지 않다면 이는 의제신탁이 성립되는 것이나 마찬가지일 수 있다.

앞서 설명하였듯이 당사자의 의사표시가 묵시적으로 이루어지더라도 의사신탁은 성립할 수 있다. 이 경우, 신탁의 성립 여부에 대한 당사자간의 분쟁이 있다면, 필연적으로 신탁과 다른 법률관계의 구별 그리고, 의사신탁과 의제신탁과의 구별에 대한 문제가 발생할 수밖에 없다.

물론 묵시 의사신탁의 성립요건에 대한 객관적 기준이 명확하게 제시될 수 있다면 이러한 문제는 없을 것이다. 그러나, 앞서 살펴보았듯이 우리 신탁법의 정의 조항은 충분한 구별 기준을 제시해주지 못하고 있다.

이에 대해 영미 신탁의 문헌과 판례들은 ‘신탁은 수탁자에 대한 의무 부과’라는 본질적 정의를 제시해주고 있지만, 이러한 정의의 구체적인 의미는 무엇이고, 이를 통해서 신탁의 성립을 확인하거나, 신탁을 다른 법률관계로부터 구별할 수 있는지에 대한 추가적인 검토가 필요하다.

‘수익자의 보호를 위해서 수탁자에게 부과되는 의무’는 신탁의 본질적 정의이면서 이와 동시에 신탁의 성립의 효과에 해당하기도 한다. 따라서,

다음 장에서는 신탁의 성립의 효과를 중심으로 신탁의 본질 요소들을 확인하도록 한다.

이와 함께 위와 같은 문제점에도 불구하고 묵시 의사신탁의 성립을 인정하여 신탁의 범위를 확대해야 하는 필요성 및 당위성이 있는지에 대한 확인해보도록 한다.

第 三 章 신탁의 경제학적 효용

第 1 節 서 론

I. 신탁의 제도적 의의에 대한 논의의 필요성

우리법에서 신탁의 성립 범위에 대한 논의는 일반적인 명시 의사신탁 이외에 묵시적 의사신탁과 의제신탁이 성립 가능한지, 가능하다면 어떠한 요건 하에서 가능한지에 초점을 둔다. 의제신탁은 앞서 설명하였듯이 우리법에서 인정될 가능성이 높지 않다. 하지만 묵시 의사신탁의 경우에는 일정 요건에 따라 성립을 인정할 수 있는 여지가 있다.

법원에 의한 묵시 의사신탁의 사후적인 성립 확인은 ‘신탁’을 설정하려는 당사자의 의사가 명확히 표시되지 않은 법률관계가 신탁으로 성질 결정되는 것이다. 이는 해당 법률관계의 당사자와 이해관계인의 권리관계에 큰 변동을 유발한다. 따라서 이러한 신탁으로의 성질결정은 법적 안정성과 당사자의 신뢰 보호를 위해서 객관적인 기준 하에 이루어져야 한다. 또한 제도적 차원에서 묵시 의사신탁 성립의 효용성과 필요성이 검증되어야 한다.

당사자의 의사가 명백히 표시되지 않은 상황에서 -다른 제도를 통해서도 올바른 결론을 얻을 수 있음에도 불구하고- 묵시 의사신탁의 성립을

인정하는 것은 불필요한 법적 혼란만을 가중시킬 여지가 있다. 민법으로도 충분히 규율될 수 있는 법률관계에 대해서 제 3 자의 권리관계에까지 영향을 미치는 신탁의 성립범위를 확장시키는 것은 그 타당성을 높게 인정하기 어렵기 때문이다.

따라서 목시 의사신탁의 성립을 통한 신탁 성립·적용의 여부와 그 기준에 대한 논의에 앞서, 우리 법제도에서의 신탁의 의의에 대한 논의가 필요하다. 그리고, 이러한 논의는 다른 법률제도와 대비되는 신탁만의 특성 즉, 신탁의 고유한 본질 요소들을 바탕으로 이루어져야 할 것이다.

II. 기존의 논의들

‘수입된’ 신탁이 기존의 제도와 비교해서 어떤 의의가 있는가에 대한 논의는 오로지 신탁을 새로 도입한 대륙법계 국가에서만 이루어지는 것으로 생각하기 쉽다. 그러나 이러한 신탁의 제도적 의의에 대한 논의는 대륙법계 국가에서만 이루어지는 것은 아니다. 영미에서도 당사자들의 자유로운 법률행위(계약)에 - 보통법 제도와는 현격한 차이를 보이는- 신탁인의무나 신탁법이 개입해야 할 필요성과 의의는 중요하게 논의되고 있다.

우리나라에서의 신탁의 성립으로 인한 효과와 그 의의에 대한 논의는 신탁재산의 도산격리에 집중되어 이루어진 측면이 있다.²⁵⁹ 그리고 이러한 사정은 우리나라에 국한되지 않는다. 이는 신탁을 받아들인 대륙법계 국가에서는 일반적인 모습이라고 보아도 과언이 아닐 것이다.²⁶⁰ 이러한

²⁵⁹ 예로는 임채웅, 도산격리의 연구, 12(1) 민사소송.; 이은재, 신탁과 도산, 30 기업법연구 97-125 (2016).

²⁶⁰ 대륙법계 아시아 국가의 신탁 도입 시 이는 항상 가장 먼저 논의되는 부분이다. 예를 들어 베트남의 도입 검토 과정에서 이 점에 대한 우려는 많은 논쟁을 야기했다. QUE ANH HA, *supra* note 49. at 15; 또한 유럽의 대륙법계 국가에

논의는 주로 신탁의 성립함으로써 위탁자와 수탁자의 일반채권자들에게 발생하는 손실에 대한 우려와, 그럼에도 불구하고 신탁의 성립을 통해서 수익자를 우선 보호할 필요성의 형량을 중심으로 이루어지고 있다.

이에 반해 영미의 논의는 몇 가지 측면에서 차이를 보이고 있다. 우선은 ① 신탁 재산의 독립성에 관하여 그 근거나, 수익자의 수익권의 의미에 대한 논의보다는²⁶¹ 조직법적인 측면에서 그 의의를 확인하고자 하는 논의가 이루어지고 있으며,²⁶² ② 신탁 재산의 독립성에 대한 논의만이

서도 신탁의 도입에 있어서 가장 먼저 살펴보게 되는 것은 신탁 재산의 독립성과 관련한 문제이다. 동지의 논의로 John H. Langbein, *The Contractarian Basis of the Law of Trusts*, 105 YALE LAW J. 625-675 (1995). at 667

²⁶¹ 영미법에서 수탁자의 파산 상황에서의 신탁재산의 독립의 문제에 대한 논의는 주로 의제신탁과 관련하여 다루어지고, 일반적인 의사신탁과 관련하여서는 상대적으로 많이 다루어 지지는 않는다. 그 이유를 간략히 추측하자면, 의사신탁의 경우 수탁자의 파산 시 신탁재산이 독립되는 것은 해당 재산이 원래 수탁자의 것이 아니기 때문이므로 특별한 논의의 필요성이 크지 않다고 보고 있기 때문이다. 그러나 의제신탁의 경우 원래 수탁자가 온전히 소유하고 있던 재산에 대해서도 신탁이 성립될 수 있기 때문에 문제가 된다. 의제신탁에서의 신탁재산의 독립성에 대한 논의로는 Sherwin, *supra* note 211.; SWADLING, *supra* note 201.

²⁶² Hansmann 과 Kraakman 은 주식회사 등의 재산의 독립성에 관하여 조직법제(Organizational law) 측면에서 그 필요성과 의의를 설명하였고, Sitkoff 는 이를 차용하여 신탁 재산의 독립성을 조직법제 측면에서 설명하였다. Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *The Essential Role of Organizational Law*, 110 YALE LAW J. 387-440 (2000); Robert H. Sitkoff, *Trust law as fiduciary governance plus asset partitioning*, in THE WORLDS OF THE TRUST 428-453 (Lionel D. Smith ed., 2013). 우리나라에서도 관련된 논의가 이루어지고 있다. 예로는 노혁준, *주식회사와 신탁에 관한 비교 고찰 - 재산분리 기능을 중심으로*, 14 증권법연구 627-658 (2013).; 안성포, *신탁재산의 권리주체성에 관한 소*

아니라 수탁자의 의무 또한 주된 논의의 대상으로 하고 있다. 신탁을 포함한 신인관계에서의 신인의무자에게 부과되는 의무의 성질과 그 효용을 논의의 대상으로 하고 있는 경우가 적지 않다.²⁶³ ③ 또한 단순히 신탁이나 신인관계의 단편적인 성립 효과보다는 근본적으로 당사자의 사적자치에 대한 법의 개입의 효용성 측면에서 이루어지고 있다.

III. 본인-대리인 모델

신탁의 확대적용에 대한 논의가 신탁재산의 도산격리에만 집중될 경우에는 건설적인 논의가 이루어지기 어렵다. 도산 상황에서의 채권자평등의 원칙과 수익자 보호 필요의 충돌은 어떠한 원칙을 우선해서 볼 것인가에 대한 가치관 충돌과 같은 결론이 없는 논쟁으로 귀결될 가능성이 높기 때문이다.

따라서 새롭게 취해볼 만한 접근 방법은 신탁의 확대 및 적용을 통해 얻게 되는 이익이 신탁으로 인한 비용을 상회하는지를 확인하는 것이다.

고 - 신탁법상 신탁재산의 독립성에 관한 규정을 중심으로, 39 법학연구 (2013).; 김태진, 기업형태로서의 신탁 - 사업신탁, 수익증권발행신탁 및 유한책임신탁을 중심으로 -, 법학논총 제 31 집 제 2 호, 전남대학교 법학연구소, 2011. 8.

²⁶³ 신탁을 받아들인 대륙법계 국가의 학자들은 수익자의 수익권의 성질 및 신탁재산의 독립성에 관하여 기존 법체계와의 정합성에 많은 관심을 가지는 반면에, 대륙법계에서의 신탁 도입을 바라보는 영미의 학자들은 형평법의 신인의무가 대륙법계에서 어떠한 의미를 가지는가에 대해서도 적지 않은 관심을 보이고 있다. 예를 들어 중국에서의 신탁 도입에 따른 신인의무 도입의 의의에 대해서는 Thomas P. Gallanis, *The contribution of fiduciary law, in THE WORLDS OF THE TRUST* 388-405 (Lionel Smith ed., 2013). at 398-402 다만 이를 다루는 영미 문헌에서는 신인의무의 세부 의무들의 실질적인 내용들이 대륙법에도 이미 존재하였는가에 대해서는 논의가 부족한 경향이 있다.

이러한 신탁의 효용성에 대한 확인에 있어서 기존의 영미에서의 신인관계에 대한 경제학적 논의는 많은 참조점을 제공한다. 1991년 Cooter와 Freedman의 기념비적인 논문 이래로, 신탁을 포함한 신인관계 개념의 의의와 효용을 경제학의 본인-대리인 모델("principal-agent" model)을 통해 이해하려는 일련의 노력이 계속되었다.²⁶⁴ 본인-대리인 모델의 목적은 ‘어떻게 해야 대리인이 본인의 최선의 이익을 위해서 움직이게 할 수 있는지에 대한 답을 찾는 것’이다. 이러한 질문을 통해 신탁을 포함한 신인관계의 효용성을 확인하고자 하는 시도가 이루어지고 있다.^{265, 266}

²⁶⁴ 대표적으로는 Robert Cooter & Bradley J. Freedman, *The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences*, 66 N.Y.U. L. REV. 1045-1075 (1991); Robert H. Sitkoff, *The Economic Structure of Fiduciary Law*, 91 B.U. L. REV. 1039 (2011); Robert H. Sitkoff, *An Economic Theory of Fiduciary Law*, in PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF FIDUCIARY LAW 197-208 (Andrew S. Gold & Paul B. Miller eds., 2014).; Robert H. Sitkoff, *An Agency Costs Theory of Trust law*, 89 CORNELL LAW REV. 621 (2004).; Frank H. Easterbrook Daniel R. Fischel, *Contract and Fiduciary Duty*, 36 J. LAW ECON. 425-446 (1993).

²⁶⁵ Cooter and Freedman, *supra* note 264. at 1047

²⁶⁶ 이러한 근래의 Sitkoff로 대표되는 경제학의 대리인 비용(agent cost) 모델을 이용한 신탁 분석에 대해 비판의 목소리도 있다. 예컨대 Tritt는 각각 개별적이고 개인적인 성격을 가진 신탁에서 일률적인 이익(interest)을 산정하는 것은 어렵고, 무리한 경제학적 분석의 도입은 신탁의 실체를 가리는 행위라고 비판하고 있다. 해당 논문은 Lee-ford Tritt, *The Limitations of an Economic Agency Cost Theory of Trust Law*, 32 CARDOZO LAW REV. 2579-2640 (2011). Easterbrook과 Fischel의 논문에 대해서도 비슷한 의견이 있다. Romano는 Easterbrook과 Fischel이 신인관계의 유형에 따른 차이를 크게 감안하지 않은 점을 지적하고 있는데, 이는 신탁이나 신인관계를 계약을 기반으로 경제학적으로 분석한 글들이 대부분 가지고 있는 약점이다. Easterbrook과 Fischel에 대

이상과 같은 관점에 착안하여 본 장에서는 신탁의 제도적 의의를 본인-대리인 모델을 적용하여 검토해보도록 한다.

第 2 節 신탁과 대리인 비용

I. 신탁법의 성격

1. 신탁법의 성격에 대한 논의

영미에서는 신탁의 제도적 의의를 논함에 있어 신탁 법률관계가 계약에 해당하는지 여부 및 신탁 법률관계를 규율하는 신탁법은 계약법에 해당 하는지 여부에 대한 논의도 함께 이루어져 왔다.²⁶⁷ 이는 본인-대리인 모델만으로 신탁의 의의를 확인하는 접근방식의 타당성에 대한 논의이기도 하며, 이는 또한 어떠한 방향성을 기준으로 신탁의 의무들을 해석하여야 하는가에 대한 논의의 성격도 가지고 있다.

한 Romano 의 코멘트는 Roberta Romano, *Comment on Easterbrook and Fischel, "Contract and Fiduciary Duty"*, 36 J. LAW ECON. 447-451 (1993).

²⁶⁷ 영미의 경우 신탁을 포함한 신인관계의 설정이 계약을 전제로 한 것이 아니기 때문에, 계약을 전제로 신탁이나 신인관계를 파악하는 방법론의 타당성에 대해서는 지속적인 논쟁이 있어 왔다. 계약으로서의 신인관계(신탁)에 대한 논의의 가장 대표적인 논문으로는 Langbein, *supra* note 260.; Fischel, *supra* note 151 이에 대해서, 신탁을 계약으로 보아서는 안된다는 주장의 예로는 M. W. LAU, *THE ECONOMIC STRUCTURE OF TRUSTS* (2011).

계약법의 첫 번째 목적은 비협력적인 관계와 결과를 협력적인 관계와 결과로 바꿈으로써 사람들이 협력할 수 있게 하는 것이라고 한다.²⁶⁸ 계약법은 당사자간 합의의 불완전한 부분을 보충하여 대리인 비용을 축소시키고, 당사자들의 순이익의 총합의 극대화를 추구한다. 이는 당사자들만이 아닌 제 3 자에게도 영향을 끼치는 물권법(property law)의 강행규정적인 성격과는 다르고, 회사법과 같은 조직법의 복합적인 성격과도 다르다. 따라서, 만약 신탁 법률관계가 계약이고 신탁법이 계약법이라면, 신탁법에 따른 의무들은 당사자의 합의를 보충하는 임의적인 규정들로 해석될 여지가 많다. 그렇다면 신탁의 제도적 의의도 ‘불완전 계약에 대한 보충 기능’을 중심으로 검토되어야 할 것이다.

우리나라에서는 아직까지 위와 같은 신탁법의 성격에 대한 논의는 많이 이루어지지 않은 것으로 보인다. 신탁법이 당사자의 합의를 보충하는 계약법적 성격을 가지고 있는지, 신탁 재산의 성격과 수익자의 권리를 규정하는 물권법적 성격을 가지고 있는 것인지, 아니면 회사법과 같은 조직법적 성격을 가지고 있는지에 대해서는 많은 논의가 진행되지는 않았다.

우리법의 신탁이 기본적으로 계약에 의해서 설정된다고 하여 신탁 법률관계가 무조건 계약에 해당하는 것은 아니다. 그러나 우리법의 신탁이 계약에 해당하지 않는다고 하더라도, 본인-대리인 모델을 적용할 수 없는 것은 아니며, 신탁법의 성격을 어떤 법으로 보는가에 따라 당장 조문의 내용이 바뀌는 것은 아니다. 그러나 앞서 설명하였듯이 신탁법에 따른 신탁 성립의 효과들의 의미와 그 해석에 있어서 -특히 특정 의무의 강행규정성 판단 여부 등에 있어서- 신탁법의 기본적 성격을 확인하는 것은 큰 의미가 있다.

²⁶⁸ ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, LAW & ECONOMICS (Sixth ed. 2010). at

2. 계약으로서의 신탁

앞서 설명하였듯이 영미의 기존 논의에서 신탁은 대체적으로 계약이 아닌 ‘재산과 관련한 신인관계 내지 의무’로 설명되고 있다.²⁶⁹ 또한 영미 신탁에서 신탁의 설정은 신탁 재산을 수탁자에게 이전함으로써 이루어지는 것이기 때문에, 당사자의 합의를 통해서 설정되는 계약과는 차이가 있을 수밖에 없다.

그러나 Langbein 은 계약주의자 관점에서, 신탁은 신탁 재산의 관리와 분배에 대한 거래(deal)이자 협상(bargain)이라고 설명하고 있다. 신탁은 수탁자의 재산을 관리에 관한 권한과 책임을 정하고, 때로는 신탁 거래를 통해서 수익자에 대한 배분 등에 있어서 수탁자에게 재량을 부여하기도 한다. 이를 위해 위탁자와 수탁자는 때로는 세부 조항으로 당사자간 권리와 의무를 정하는 거래를 할 수도 있고, 단지 신탁법의 임의 규정을 받아들일 수도 있다. Langbein 은 이러한 측면에서 신탁은 근대의 제3자를 위한 계약과 기능상으로 구별할 수 없고, 신탁은 그 실질에 있어서 계약이라고 설명하고 있다.²⁷⁰

위와 같은 계약주의자 관점을 우리 신탁법에 적용할 있는가를 살펴보자. 우선 우리 신탁법의 신탁은 신탁 재산의 이전이라는 단독행위로 설정되지 않고, 기본적으로 계약에 의해서 설정된다. 이러한 계약을 통해서 위탁자와 수탁자는 당사자의 권리와 의무를 결정하고, 당사자간에 사전에 합의하지 않은 사항에 대해서는 신탁법의 규정들이 적용될 수 있다. 따라서 Langbein 이 설명한 계약주의자 관점에서는 우리 신탁법의 신탁은 영미의 신탁보다 더 수월하게 계약에 해당한다고 말할 수 있을 것이다.

²⁶⁹ 이에 대해서는 제 2 장 제 2 절 I. 1. 다.에서 설명하고 있다.

²⁷⁰ Langbein, *supra* note 260. at 627

그러나, 신탁 재산의 이전을 통한 신탁 설정을 제외하고서도, 신탁은 계약으로만 보기에겐 일반적인 계약과는 차별되는 요소를 많이 가지고 있다. 신탁은 단순히 (계약의 당사자인) 수탁자의 권리·의무만을 정하고 있지는 않다. 일반적인 계약과는 달리 신탁의 수익자가 가지는 권리와 신탁 재산의 독립성은 신탁의 당사자가 아닌 일반채권자의 권리에도 영향을 끼치며,²⁷¹ 신탁 선언을 통한 신탁의 설정은 계약으로 설명하기가 어렵다는 점 등의 차이점이 분명히 존재한다.²⁷² 따라서 신탁 설정 방법의 기본이 계약이라는 이유만으로 우리 신탁법에서의 신탁이 당연히 계약이라고 설명할 수는 없다.

3. 조직법제로서의 신탁법

Langbein도 인정하고 있듯이 신탁재산의 독립성은 신탁을 단순히 계약으로 보기 어렵게 만드는 문제가 있다.²⁷³

신탁법을 단순히 계약법으로만 설명할 경우에는 계약의 당사자가 아닌 제3자에게 미치는 영향을 설명하기 어렵다. 이에 대해 Sitkoff는 신탁법을 회사법과 같은 조직법으로 이해하는 방안을 제시하고 있다.

²⁷¹ 계약에 기한 권리와 의무는 계약당사자에게 귀속되고, 당사자 아닌 이에겐 영향을 미치지 못하는 것이 일반적이다. 이러한 계약의 상대효의 예외로는 민법 제 630 조에 따른 전차인에 대한 청구나 제 3자를 위한 계약에서의 수익자에 대한 채권의 부여 등이 있으나, 이는 대부분 계약에서 지정한 자나, 당사자의 지위를 일부 인수한 자에 대한 것이고, 신탁 재산의 독립성으로 인한 일반채권자의 권리에 대한 영향은 이와는 다른 것이다. ‘계약의 상대효’에 대한 설명으로는 지원립, *전제서* 74. 366-367 면;

²⁷² Langbein의 ‘계약으로서의 신탁’에 대한 비판으로는 LAU, *supra* note 251. at 25-30

²⁷³ Langbein, *supra* note 260. at 667-669

Hansmann 과 Kraakman 에 따르면, 대상 자산의 분리는 조직법의 가장 중요한 기능이라 지적하고,²⁷⁴ Sitkoff 도 조직법의 가장 중요한 핵심 기능 두 가지는 관리자에 대한 의무 부과와 대상 재산의 분리라고 설명하고 있다.

신탁법에는 수탁자의 권리와 의무에 대해서 규율하는 계약법적인 면이 있는가 하면 수탁자로부터 신탁 재산을 분리시키는 대물적(proprietary) 규정이 있다. 이러한 두 가지 규정은 회사법과 같은 조직법의 핵심적인 기능에 해당하여, 신탁법을 조직법으로 볼 수 있는 근거가 된다.²⁷⁵ 또한 이러한 관점에서는 신탁의 소유권의 분리를 회사에서 소유와 운영의 분리와 같이 ‘소유권의 이익과 소유권의 부담의 분리’로 이해할 수 있다.²⁷⁶

나아가 신탁법을 조직법으로 이해할 경우에는 신탁의 제도적 의의에 대한 논의에 회사와 회사법에 대한 기존의 대리인 비용 논의²⁷⁷를 차용할 수 있게 된다.

4. 법률과 대리인비용

당사자간의 의무와 권리는 사적자치에 따른 당사자의 합의 및 법률에 의해서 정해진다. 이때 법률의 강행규정은 당사자간의 협상력이나 정보의 불균형으로 인한 일방의 착취를 막고, 당사자가 아닌 제 3 자와 계약

²⁷⁴ Hansmann and Kraakman, *supra* note 262. at 390

²⁷⁵ Sitkoff, *supra* note 262. at 428

²⁷⁶ Sitkoff, *supra* note 264. at 623

²⁷⁷ 대표적인 문헌으로는 Michael C. Jensen & William H. Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, 3 J. FINANC. ECON. 305-360 (1976).

당사자간의 이익을 조정하는 기능을 한다.²⁷⁸ 그리고 임의규정은 당사자들이 사전에 예상하지 못했던 사항을 규율해주고, 계약의 당사자가 모든 경우의 수를 대비할 필요가 없게끔 하여 거래 비용(transaction cost)을 줄여주는 기능을 한다.²⁷⁹

신탁법의 규정들 또한 신탁이라는 법률관계에 내재된 대리인 비용을 줄여주는 기능을 하고 있다. 그러나 이를 분석함에 있어서 신탁법의 모든 규정이나 효과를 확인하는 것은 비효율적이다. 또한 다른 법률관계에서도 동일한 기능을 하는 제도가 이미 존재하는 규정에 대해서는 이를 신탁의 제도적 실익이라고 부르는 것은 어려운 것이다.

따라서 이러한 검토에 앞서 신탁이 다른 제도와 비교하여 가지는 특성을 확인해야만 한다.

법률관계를 설정하는 당사자가 모두 합리적이며, 모든 재산관리제도를 이해하고 있고, 이러한 재산관리제도들의 설정 비용에 큰 차이가 없다고 가정해 보자. 이 경우 당사자가 신탁의 설정을 의도하였다는 것은 ① 그 설정하고자 하는 법률 관계가 신탁에 의해 규율되어야 할 필요가 있고,

²⁷⁸ 참고로 회사법에서의 강행 규정의 의미에 대한 주요 논문과 이에 대한 코멘트로는 Jr. John C. Coffee, *THE MANDATORY/ENABLING BALANCE IN CORPORATE LAW: AN ESSAY ON THE JUDICIAL ROLE*, 89 COLUMBIA LAW REV. 1618-1691 (1989); Jonathan R. Macey, *COURTS AND CORPORATIONS: A COMMENT ON COFFEE*, 89 COLUMBIA LAW REV. 1692 (1989).; 계약에서의 강행규정의 법경제학적 의의에 대해서는 COOTER AND ULEN, *supra* note 268. at 294-295

²⁷⁹ 상거래에서의 임의규정의 기능에 대한 주요한 논의로는 Yair Listokin, *What Do Corporate Default Rules and Menus Do? An Empirical Examination*, 6 J. EMPIR. LEG. STUD. 279 (2009).; 계약에서의 임의규정의 법경제학적 의의에 대해서는 COOTER AND ULEN, *supra* note 268. at 292-294

② 이러한 필요는 다른 재산관리제도에서는 구할 수 없는 것이라고 전제할 수 있다.²⁸⁰

II. 신탁에 해당하는 법률관계의 성질: 신인관계

1. 우리나라에서의 신탁의 한정된 활용

신탁법이 적용되는 법률관계에 있어서 신탁이 어떠한 기능을 하는지를 확인하기 위해서는 일단 신탁이 적용되는 법률관계가 어떠한 성질을 가지고 있는지를 확인하여야만 한다. 당사자가 신탁을 설정하고자 하였다는 것은 설정하고자 하는 법률관계가 신탁으로 규율될 필요성이 있다고 판단한 것이고, 이러한 신탁이 필요한 법률관계의 특성을 전제로 해야만 신탁의 기능을 정확히 확인할 수 있기 때문이다.

이를 위해서 우선 확인해야 하는 것은 우리나라에서 실제 신탁이 활용되고 있는 사례들이지만, 현재의 한정된 신탁의 활용범위만으로는 우리법에서의 신탁 관계의 성질을 확인하는 것은 쉽지 않다.

2018년 3월말 기준으로 국내 신탁의 수탁고 800.7조원 중에서 51.8%인 415 조원에 달하는 금전신탁의 대부분은 단기적 금전운용을 위한 MMT 나 운용이 단순한 정기예금 등의 특정금전신탁으로서 단순한 금리가 높은 금융상품 정도로만 인식되고 있는 실정이다. 나머지 재산신탁의 대부분도 대출목적의 담보신탁이나 개발목적의 토지신탁을 중심으로 한

²⁸⁰ 실제로는 신탁 설정에 있어서의 재산 이전과 관련 공시 등을 감안하면 신탁의 설정 비용은 다른 재산관리제도의 설정 비용에 비해서 결코 낮다고 할 수 없다. 따라서 신탁의 설정을 의도하였다는 것은 그 만큼 신탁의 특성을 요하는 법률관계라는 의미로 해석할 수 있다.

부동산신탁이 대부분이다.²⁸¹ 우리나라에서의 신탁의 활용범위는 수탁자의 재량을 바탕으로 한 운용이나 관리를 목적으로 하는 것보다는 주로 고정된 목적의 특정한 금융상품의 형태에 국한되고 있다고 보아야 할 것이다.

위와 같은 문제로 인해서, 우리나라에서의 현재의 활용범위만으로는 포괄적인 차원에서 신탁이 적용되는 법률관계, 계약의 성질을 확인하는 것은 한계가 있다. 따라서 신탁의 보다 폭넓은 활용을 목표로 신탁의 기능을 확인하고 싶다면, 우리나라보다 신탁이 폭넓게 활용되고 있는 영미에서의 신탁법이 적용되는 법률관계의 성질에 대한 논의를 참조하는 것이 보다 효율적이라고 판단된다.

2. 신인관계로서의 신탁

가. 신인관계 검토의 필요성

앞서 설명하였듯이 신탁의 발원지라 할 수 있는 영국과 미국이라고 해서 신탁의 정의를 수월하게 내리고 있는 것은 아니다. 아직도 신탁에 해당하는 법률관계는 어떤 것이고, 신탁이 적용되는 법률관계의 성질은 무엇인지에 대해서 논의가 지속되고 있다.

그리고 이러한 논의의 대상은 신탁으로 한정되지 않고 주로 신탁을 포함한 신인관계(fiduciary relationship)를 포괄하고 있다. 기본적으로 신탁과 신인관계는 같은 물건의 양쪽 면처럼 그 근본을 공유하고 있어서 분리하지 않고 함께 설명될 때 양쪽 모두에 대한 이해를 높일 수 있다. 또한, 앞서 언급하였듯이 신탁의 본질 요소인 ‘수탁자에 대한 신인의무의 부과’는 신탁이 신인관계임을 전제로 하고 있다.

²⁸¹ 김영도, *supra* note 12. 5 면

영미 신탁법에서 신탁은 신인관계에 포함된다. 신인관계이기 때문에 신탁이 된 것이 아니라, 신탁이 성립되면서 신인관계(fiduciary relationship)가 창설되는 것이다. 즉 신인관계는 신탁의 특성이면서 동시에 신탁의 성립 효과이기도 하다.

신인관계의 일반적인 특징은 신탁에도 대부분 보유하고 있다. 일반적인 신인관계와는 다른 신탁만의 고유한 특성은 신탁에 해당하는 법률관계의 특성을 규명하는 데에 용이하며, 반대로 신인관계의 적용 범위에 대한 논의는 신탁의 성립 범위에 대한 논의에 직접적인 시사점을 제공한다.

나. 신인관계의 정의와 범위

신인관계가 무엇인지를 확인하기 이전에 유념해 두어야 하는 점은 신인의무자와 관계된 용어들이 나타난 것은 그리 오래되지 않았다는 점이다. 이는 그 이전까지 신탁으로 분류되던 (현재는 신탁으로 분류되지 않는 관계들까지 포함한) 관계들을 설명하던 용어였다.²⁸²

즉 신인의무자와 신인관계라는 개념이 선형적으로 존재하고 이에 속하는 법률관계들이 나타난 것이 아니라, 현재의 신인관계의 범주에 해당하는 다양한 법률관계들이 선재하였고, 이들을 포괄하는 개념으로 신인관계라는 용어가 형성되었다고 보는 것이 보다 타당하다.

Sitkoff 는 신인관계를 경제학에서 말하는 본인-대리인 문제 또는 대리인 문제²⁸³에 대한 법의 대응이라는 취지로 설명하고 있다.²⁸⁴ 대리인 문제가 기본적인 상행위와 법률관계에서 광범위하게 발생할 수 있듯이,

²⁸² PAUL FINN, FIDUCIARY OBLIGATIONS: 40TH ANNIVERSARY REPUBLICATION WITH ADDITIONAL ESSAYS (2016). at 1

²⁸³ 경제학에서의 대리인 문제는 민법의 대리만으로 한정되는 것은 아니다.

²⁸⁴ Sitkoff, *supra* note 264. at 1039-1040

신인관계도 다양한 관계에서 광범위하게 인정되고 있다. 예로는 대리인과 본인,²⁸⁵ 이사와 회사,²⁸⁶ 의뢰인과 변호인,²⁸⁷ 치안공무원(경찰, 기소기관 등 포함)과 국가(또는 국왕)²⁸⁸ 그리고 조합원들 사이²⁸⁹ 등이 있다.

문제는 위와 같은 사례에서 무엇이 신인관계에 속하는지에 대한 판단은 개별적인 판례의 축적으로 이루어진 것이어서²⁹⁰ 신인관계에 대한 일률적인 정의를 내리기는 쉽지 않다는 점이다.²⁹¹ 더군다나 이는 특정 규정이 일관적으로 적용되는 관계로 정의할 수 있는 것이 아니라 사례로 묘사할 수밖에 없기 때문에²⁹² (신탁과 마찬가지로) 대륙법의 법률가들에게는 친숙하거나 쉽게 다가오는 개념은 아니다.

다. 신인관계의 정의 요소와 성질

²⁸⁵ Boston Deep Sea Fishing and Ice Co v Ansell (1888) 39 Ch.D 389, CA.

²⁸⁶ Regal (Hastings) Ltd v Gulliver [1967] 2 AC 134, HL; Ultraframe (UK) Ltd v Fielding [2005] EWHC 1638.

²⁸⁷ Hilton v Barker Booth Eastwood [2005] UKHL 8.

²⁸⁸ Attorney-General v Blake [2001] 1 AC 145, 205.

²⁸⁹ Clegg v Fishwick (1849) 1 Mac.&G. 294.

²⁹⁰ 법원에서조차도 ‘신인의무가 부과되어야만 하는 관계’는 어디까지인가에 대해서 의견이 통일되어 있지 않았다. 신인관계의 범주의 대해서는 판사들 별로도 선호하는 모델이 달랐다. Millett LJ와 같은 판사의 경우에는 상거래 중에서도 전문적인 신인의무자(professional fiduciaries)에게만 신인의무가 적용되는 모델을 선호하여, 적지 않은 일반 상거래를 신인의무의 적용대상에서 제외하였다. 반면에 Lord Browne Wilkinson과 같은 판사는 신인 의무의 적용 대상을 넓히면서, 각 사안의 맥락에 따라 적용되는 의무의 내용을 조정하는 것을 선호하였다고 한다. HUDSON, *supra* note 3. at 616

²⁹¹ TAMAR FRANKEL, FIDUCIARY LAW (2011). at 2

²⁹² FINN, *supra* note 282.

Frankel 에 따르면 신인관계에서 자주 반복되는 요소는 ① 재산이나 권리의 위탁(entrustment)과 ② 위탁자의 신인의무자에 대한 신뢰(trust), 그리고 ③ 위탁으로 발생하는 신인의무자로부터의 위험(risk)이 있다고 한다. 개별적인 신인관계들은 이러한 요소들이 세부적으로 조금씩 변용된 형태로 정의될 수 있다는 것이다.

위의 요소들을 바탕으로 Frankel 은 이하와 같이 신인관계의 성질을 설명한다. 그에 따르면 신인관계에서 우선 신인의무자들은 보통 상품이 아닌 서비스를 제공하고, 이러한 서비스는 사회적으로 필요하고, 특별한 전문성을 요하는 것이 많다고 한다. 두 번째로는 위와 같은 서비스를 효과적으로 제공하기 위해서는 재산이나 권리의 위탁이 필요하다고 한다. 세 번째로 위탁으로 인해서 위탁자는 신인의무자의 배신이나 부정행위로 인한 위험에 노출되며, 네 번째로 위탁자뿐 아니라 시장 자체도 위와 같은 리스크를 방지하는 것은 쉽지 않고, 신인의무자 자신이 자신의 신뢰성을 지키기 위한 비용이 신인관계로부터 신인의무자가 얻는 이익보다 클 가능성이 있다고 한다.²⁹³

즉 이러한 상황에서는 법규정이 개입해서 당사자들 사이의 이해관계를 조정하여 ‘당사자 사이의 신뢰를 위한 비용’을 낮추지 않을 경우에는 관계의 형성이나 거래가 이루어지지 않을 수 있다는 것이다.

3. 신인관계로서의 신탁 법률관계의 성질

상기의 신인관계의 특성에 대한 설명을 바탕으로 신탁을 설명하기 위해서, 역시 마찬가지로 가장 대표적인 신인관계인 대리(agency)와 비교해 보도록 한다.

대리가 신인관계에 해당하는지 여부를 확인하면, 우선 ① 본인(principle)으로부터 대리인(agent)으로의 권한(power)의 위탁

²⁹³ FRANKEL, *supra* note 291. at 6-11

(entrustment)과 ② 본인과 대리인의 신뢰(trust) ③ 본인이 이러한 관계로 인해서 가지게 되는 위험의 수준(the level of risk)이 존재하기 때문에 대리는 신인관계에 해당한다. 하지만 이런 대리 관계에서 본인이 가지는 위험의 수준은 본인이 대리인에게 갖는 지시권을 고려하면 높다고 할 수 없다.

신탁은 신인관계의 가장 대표적인 법률관계이고, 위의 요소적 정의로 쉽게 설명할 수 있다. ① 신탁은 위탁자가 수탁자에게 재산을 이전하고, ② 이러한 재산의 이전은 수탁자에게 신인의무를 부과하며, ③ 수탁자에게 신탁재산을 관리할 것을 요구하고, ④ 이러한 관리는 수익자의 이익을 위한 것이며, 이 신탁이라는 신인관계에서는 수익자는 수탁자를 고르거나 수탁자에게 지시할 수 없다는 것을 특징으로 정의할 수 있다고 한다.²⁹⁴

위와 같은 요소를 중심으로 비교하면 대리와 신탁은 재산 또는 권리의 위탁의 방식, 신인의무자의 권한 남용으로 인한 위험의 수준, 신인의무자에 대한 위탁자의 조정 가능 정도에서 차이가 있다는 사실을 알 수 있다. 이 때문에 일반적으로 대리에 비해 신탁법이 신인의무자(수탁자)에게 좀 더 강한 제한을 부과하고 있다고 한다.²⁹⁵

III . 우리나라에서의 신탁 법률관계의 대리인 비용

위와 같은 논의는 우리나라에서의 신탁 법률관계에도 큰 차이없이 적용된다. 우리나라에서 명시적으로 설정된 상신탁의 대부분은 일반 금융소비자인 위탁자가 전문가인 금융기관을 수탁자로 하여 재산의 관리를

²⁹⁴ *Id.* at 4-6

²⁹⁵ 이와 같은 논의는 일본과 한국에서도 적용 가능하다. 민법의 대리인은 행위능력자임을 요하지 않는 반면(민법 제 117 조), 신탁법 제 11 조의는 수탁자의 능력을 엄격하게 규정한다는 점으로부터 수탁자에 대해 상대적으로 강한 규제를 확인할 수 있다. 新井 誠, *supra* note 33; 안성포, *supra* note 262. at 79-81

맡긴 것이다. 부동산 신탁의 경우에도 비전문가인 다수의 토지소유자들이 전문가인 부동산신탁회사에게 부동산의 관리·개발 등을 맡기는 경우가 대부분이며, 민사신탁의 경우에도 미성년 또는 의사무능력인 자녀의 재산 관리를 다른 가족 구성원이나 증권사가 맡는 구조가 대부분이다.

위와 같은 우리 신탁의 사례들에 앞서 설명한 신인관계의 성질을 적용하여 보자면, ① 신탁 계약의 당사자들 사이의 정보불균형이 존재하며, ② 수익자 또는 위탁자는 수탁자의 의무위반을 감시하기 어렵고, ③ 수탁자의 의무 위반을 적발하더라도 수익자가 이를 시정하기가 쉽지 않은 문제가 있다.²⁹⁶ 즉 수탁자가 수익자의 이익을 위하지 않고 사익을 추구할 가능성이 높아서 대리인 비용(Agent cost)이 높게 나타나게 되는 것이다. 또한 신탁의 특성으로 인해서 ① 대상 재산의 권리가 수탁자에게 이전되어 있고, ② 외부적으로 수탁자가 대상 재산의 소유자이며, ③ 일반적으로 수탁자에게는 대리인보다 많은 재량이 인정되기 때문에 우리나라에서의 신탁 법률관계 또한 내재적으로 대리인 비용의 문제를 가지고 있을 수밖에 없다. 나아가 수탁자의 의무 위반이 없더라도 재산의 이전으로 인해서 수탁자의 도산 등의 신용위험에 노출되기까지 이른다.

물론 이러한 대리인 비용을 줄이기 위하여 당사자가 사전에 계약의 내용을 조정하는 것도 생각해볼 수 있다. 그러나 앞서 설명한 사례들과 같이 당사자간의 전문성 격차와 정보 불균형이 심한 관계에서는 이를 기대하기 어렵고, 보다 근본적으로 당사자가 수탁자의 모든 의무 위반의 경우를 상정하여 계약조항을 고안하는 것은 현실적으로 불가능하다. 또한

²⁹⁶ 대다수의 경우 전문가인 대리인과 비교하여 전문성이 결여되고, 불완전한 정보를 가지고 있는 본인은 대리인의 잘못된 행위를 찾아낼 수 있는 가능성이 매우 낮기 때문에, 본인 자신이 대리인의 잘못된 행위를 막는 것은 근본적으로 어려울 수밖에 없다. 동지의 논의로 Cooter and Freedman, *supra* note 264. at 1051

위탁자와 수탁자 간의 계약만으로는 수탁자와 수탁자의 일반채권자의 관계에서 비롯되는 신용위험을 차단할 수는 없다.

추가적으로 한국과 일본에서 문제가 된 목시 신탁의 주요 사례들에서 모두 수탁자가 위탁자의 은행이었다는 점도 중요하게 고려되어야 한다. 은행은 많은 경우 수탁자이면서 동시에 위탁자의 일반 채권자이기도 하기 때문에, 대상 재산이 자신에게 이전되어 있는 것을 이용하여, 위탁자에게 재정적 문제가 발생할 경우 기존 계약(신탁)의 목적이 아닌 위탁자의 일반 채권자로서의 자신들의 이익을 우선할 가능성이 높다. 또한 일반적인 거래은행과 위탁자인 개인 또는 회사의 협상력과 전문성의 차이를 생각할 때, 이러한 경우를 상정하여 수탁자인 은행의 이익추구를 금하는 내용을 계약에 포함시키는 것은 실질적으로 불가능에 가까울 것으로 판단된다.

그러나 신탁이 성립되어 신탁법이 적용되면 이러한 신탁 법률관계의 내재적 대리인 비용 문제의 많은 부분이 완화될 수 있다.

第 3 節 신탁 성립의 효과와 그 기능

I. 서설

신탁에 해당하는 법률관계는 내재적으로 수탁자의 대리인 비용 문제와 수탁자의 신용위험의 문제를 안고 있다.

이러한 문제에 대한 대응으로 신탁법은 수탁자에게 일정한 의무를 부과하고, 신탁재산의 독립성을 인정하고 있다.

이하에서는 이러한 신탁 법률관계의 대리인 문제에 대한 신탁만의 특수한 본질 요소와 그 성립 효과를 바탕으로 그 효과의 내용과 특징, 그리고 그 기능과 의의를 설명하도록 하겠다.

II. 수탁자 의무 부과

1. 수탁자 의무의 특징

가. 원칙중심 구조

당사자에 의해 만들어진 신탁의 조건(terms)이 확정되어 있다면 수탁자는 이를 준수하여야 한다. 이는 수탁자의 가장 중요하고 기본적인 의무이다.²⁹⁷ 그러나 사전에 정해진 신탁의 조건만으로는 구체적인 상황에서 수탁자가 어떻게 행동해야 하는지 알기 어려울 수도 있고, 신탁의 조건 자체가 불명확하거나 때로는 아예 없는 경우도 존재한다. 또한 애당초 사적 자치만으로는 부정의한 결과를 막기 어려운 상황에서의 법의 개입이 신탁이었다는 것을 감안하면, 신탁에 내재하는 수탁자 의무의 중요성은 간과할 수 없다.

이러한 수탁자 의무의 일반 원칙은 크게 충실의무(duty of loyalty)와 주의의무(duty of care)로 나누어진다. 이러한 개별적 의무에 대해서도 원칙은 존재하지만, 이에 대한 세부적이고 망라적인 규정은 찾기 어렵다.

이는 신탁을 정의하기 어려운 만큼이나 수탁자의 의무를 명확히 설명하는 것은 쉽지 않은 일이기 때문이다.²⁹⁸ 영국 신탁의 경우에 전체 수탁자의 의무를 명확히 설명하는 법(statute)이나 단일 판례는 존재하지 않

²⁹⁷ 동일 취지의 판시로 *Youyang Pty Ltd v Minter Ellison Morris Fletcher* (2003) 212 C.L.R. 484 at 32. *McFARLANE AND MITCHELL*, *supra* note 3. para 9-005

²⁹⁸ *GARTON ET AL.*, *supra* note 3. at 403

으며, 우리 신탁법 상의 수탁자의 의무 또한 세부적 규정이 아닌 원칙규정 중심으로 이루어져 있다.²⁹⁹

이렇게 수탁자의 의무가 원칙 중심인 이유는 ① 수탁자의 의무란 결국 개별 상황에서 수탁자가 수익자의 이익을 위해 자신의 양심(conscience)을 따라 판단해야 한다는 도덕적 의무(moral obligation)이기 때문에³⁰⁰ 이를 일률적으로 정의하고 세세한 규칙을 망라하는 것은 어렵기 때문이다. 또한 ② 신탁법의 수탁자의 의무는 기본적으로 당사자간 계약의 불완전성을 보충하기 위한 것인데, 의무가 세세하게 규정되면 법규정이 회피될 수도 있으므로 충실 의무나 주의 의무의 핵심 의무들은 열려 있는, 즉 개방적 해석이 가능한 문장들로 구성되어야만 하기 때문이다.³⁰¹

나. 임의규정성

영미 신탁에서 초기에는 대부분 강행적 성질을 띠었던 수탁자의 의무 규정들이 현대에 와서는 점점 더 임의규정으로 해석되고 있는 추세로, 수탁자의 일반적인 의무를 정의한다고 하더라도 이들은 개별적인 신탁의 조건들에 의해서 수정되거나 부정될 수 있다. 우리 신탁법에서도 일부 의무는 임의규정으로 되어 있다.

또한 법정신탁, 특히 의제신탁에 의사신탁상 수탁자의 의무를 모두 부과하는 것은 부당하다는 비판도 존재하기 때문에³⁰² ‘모든 신탁의 수탁자에게 일률적으로 적용되는 의무’의 정의는 가능하지 않다.

²⁹⁹ 수탁자의 의무에 대한 동지의 논의로는 신탁법 해설, *supra* note 34.

³⁰⁰ 이에 대한 사례로 *Westdeutsche Landesbank v Islington LBC* [1996] AC 669. HUDSON, *supra* note 3. at 301

³⁰¹ Sitkoff, *supra* note 264. at 1044

³⁰² 이는 의제신탁 부분에서 설명하도록 한다.

하지만 수탁자의 행위의 적절성을 판단하는 기준이 되는 원칙들은 분명히 존재한다. 이러한 원칙들을 구체화하는 규정의 많은 부분이 임의규정이라 하더라도, 이러한 수탁자 의무의 원칙들은 ① 당사자가 규정한 불충분한 신탁의 조건을 보충하고 ② 거래와 관계 형성에 소요되는 비용과 투자자의 위험을 감소시켜 전반적인 시장의 활성화에 기여하는 부분이 있다.

2. 충실의무(duty of loyalty)와 대리인 비용

가. 충실의무의 정의

신탁의 충실의무는 신탁의 본래적 성격에 기초한 것으로, 신탁이 신인 관계이기 때문에 부과되는 신인의무³⁰³의 일종이다.³⁰⁴

충실 의무에서 충실(Loyal)의 의미는 ‘자신이 아닌 다른 사람을 위해서 행동을 한다’는 것을 의미한다. 이러한 ‘다른 사람을 위한다’라는 것은 두 가지 면으로 구성되는데 ① 하나는 오직 수익자³⁰⁵의 이익만(sole benefit of beneficiary)을 위해서 행동하고, 위탁된 재산이나 권리가 완

³⁰³ Finn 에 따르면, 법원이 신인의무를 설명함에 있어서 포괄적이고 일반적인 용어(term)들만을 사용하지만, 수익자의 이익(interest or benefit)을 위해서만 행동할 의무라는 가장 기본이 되는 의무(general obligation)를 신인의무자에게 부과하는 것이라고 한다. 법원의 개별적인 판단들을 통해서 이러한 기본 의무는 8 개의 하위의 의무로 나누어지는데, 이는 크게 2 그룹으로 나누어 진다고 한다.

첫 번째 그룹은 신인의무자의 업무 이행에 있어서의 재량(discretions)의 범위에 대한 제한을 가하고, 이를 통해서 재량의 이행에 있어서 실패(failure)가 없도록 하는 것을 목적으로 한다. 이는 ① 재량권을 재위임하지 않을 의무, ② 수익자가 아닌 다른 사람의 지시를 따르지 않을 의무, ③ (수익자를 위해서가 아닌 이유로) 재량을 한정하지 않을 의무(not to place “fetters” on discretions), ④ 재량의 행사 요부를 검토해야하는 의무가 있다.

두 번째 그룹은 신인의무자의 재량 행위가 수익자의 이익만을 위해서 행사되도록 강제하는 의무들로 구성되어 있다. 이는 ⑤ 자신이나 타인의 이익을 위해서 행위하지 않을 의무, ⑥ 같은 권리를 가진 수익자들을 동등하게 대할 의무, ⑦ 동일하지 않은 권리를 가진 수익자들을 가급적 공평하게(fairly) 대할 의무, ⑧ 변덕스럽게 또는 비합리적으로 행위하지 않을 의무들이라고 한다. FINN, *supra* note 282. at 15-18

³⁰⁴ 동지의 논의로 최수정, *전제서* 67. 303 면; 주의할 점은 신인의무와 충실의무가 동일한 것은 아니라는 것이다.

³⁰⁵ Frankel 은 전반적인 신인의무에서의 충실의무를 설명한 것이기 때문에 위탁자(entrustor)로 표시하였으나, 본 연구에서는 신탁에 대입하여 수익자로 변경하였다.

전히 신인의무자에게 속하지 않는 한 위탁 재산의 권리자의 허가 (consent)없이 신인의무자는 그로부터 이익을 향유해서는 안된다는 것이다. ② 다른 하나는 신인의무자는 수익자의 이익과 충돌하는 행위를 하여서는 안된다는 것이다.³⁰⁶ 전자는 일반적으로 이익향수금지 의무 (No-Profit Rule)로 지칭되며, 후자는 이익충돌금지행위 의무 (No-Conflict Rule)로 지칭된다. 이 두 의무는 신인의무의 중심 의무인 충실 의무를 구성하는 주요한 의무들이고, 일반적으로 임의규정에 해당한다.

또한 수탁자는 수익자들을 공평하게 대해야 하는 공평의무(duty to act fairly)를 부담한다.³⁰⁷

Finn 에 따르면 공평의무 또한 신인의무에 속하는데, Hudson 에 따르면 신탁에서의 공평의무는 단순히 같은 종류의 수익자에게 같은 양의 이익을 배분하라는 유형의문제가 아니라, 주로 수익자들 간에 수익의 내용이 다른 경우에 균형을 맞추는 문제다. 이는 역사적으로는 가족 내부의 다른 종류의 수익자 간의 배분 문제에서 기원한 것이라고 하며, 최근의 사례들에서도 계속 논의되고 있다고 한다.³⁰⁸

예컨대 동일한 신탁에 대해서 신탁 재산의 운영 수익을 받기로 되어 있는 수익자와 신탁 재산의 양도차익만을 받기로 되어 있는 수익자가 동시에 있는 경우, 수탁자는 어느 한 쪽에 치우치지 않은 공평한 의무 이행을 요구 받는다. 그러나 이 경우 수탁자가 구체적으로 어떻게 행동해야 하는지는 개별 상황을 고려한 판단이 있기 전까지는 쉽게 확정하기 어려운 측면이 있다.

³⁰⁶ FRANKEL, *supra* note 291. at 107-109

³⁰⁷ 공평의무가 주의의무에 속하는지 충실의무에 속하는지, 또는 개별적인 의무에 해당하는지에 대해서는 문헌마다 조금씩 차이가 있으나, 어디에 속하든 그 의미상 유의미한 차이는 없다. 본 연구에서는 우리 신탁법의 체계에 맞게 충실의무와 같은 부분에서 설명하도록 한다.

³⁰⁸ 주요 문헌들에서 주로 언급되는 사례로는 Nestlé v National Westminster Bank plc [2000] WTLR 795, 802. HUDSON, *supra* note 3. at 400-402

나. 신탁 충실의무의 독자성

충실의무는 우리 민법의 재산관리제도에서 신탁만이 가진 특수한 의무이다. 新井와 橋谷은 일본 신탁법상 신탁을 일본 민법의 다른 재산관리 제도인 (임의)대리(일본 민법 제 99 조 이하), 위임(계약)(일본 민법 제 643 조 이하), 기탁(계약)(일본 민법 제 657 조 이하)³⁰⁹, 조합(계약)(일본 민법 제 667 조 이하)과 다음과 같이 비교한다. ① 목적물의 명의이전은 신탁과 소비기탁(우리법의 소비임치)에만 있고,³¹⁰ ② 본인(위탁자)의 관리권한은 대리·위임의 경우에는 있으나 신탁에는 없으며, ③ 명문의 선관주의의무 규정은 신탁, 위임, 기탁에만 있고, ④ 대리와 위임의 경우에도 충실의무가 인정된다는 학설은 있으나, 명문의 충실의무 규정은 신탁에만 있다.³¹¹

위와 같은 일본 신탁에 대한 橋谷의 논의는 한국 신탁과 민법의 재산관리 제도와의 관계에서도 참조할 수 있다. 한국 신탁과 한국 민법의 재산관리 제도의 비교로도 유사하게 ① 목적물의 명의이전은 신탁과 소비임치에서만 발생하며, ② 신탁은 본인(위탁자)의 관리권한이 제한되고, ③ 명문의 선관주의의무 규정은 신탁, 위임(제 681 조), 임치(제 374 조)에만

³⁰⁹ 우리 민법 제 693 조의 임치와 같은 기능을 한다.

³¹⁰ 일본과 한국의 금전 도그마와 관련하여서는 상기 주장에 이견이 있을 수 있으나, 법률관계 설정을 위한 명의의 이전이라는 측면에서 보면 신탁과 소비임치만 해당하는 것으로 볼 수 있다.

³¹¹ 新井 誠, *supra* note 33. at 106-114; 橋谷 聡一, 受託者の善管注意義務・忠実義務の再構成 (2016). at 19-27

있고,³¹² ④ 충실의무의 명문 규정은 신탁에만 존재한다는 점을 확인할 수 있다.^{313, 314}

따라서 충실의무는 민법의 재산관리제도에 있어서 신탁만의 주요한 특성 중의 특성이라 할 것이다.³¹⁵

다. 우리 신탁법의 충실의무

(1) 충실의무의 내용

우리 신탁법에서 설명하는 충실의무는 영미 신탁에서 규정하는 충실의무와 유사한 내용을 규정하고 있다.

³¹² 앞서 설명하였듯이 각 재산관리제도의 선관주의 의무가 동일한 것인가에 대해서는 이견이 존재한다.

³¹³ 우리 민법상 수임인에게 충실의무가 인정된다고 보기는 어렵다는 것이 다수설이다. 이연갑, 위임과 신탁: 수임인과 수탁자의 의무를 중심으로, 22 비교사법 23-50 (2015). 38 면; 이지민, 민법상 대리인과 수임인의 신인의무, 35 법학논총 51-79 (2015). 60-61 면

³¹⁴ 참고로, 다른 제도에는 충실의무 규정이 없는 이유를 제도적 특성의 차이에서 찾을 수도 있겠으나, 제도의 기원과 어느 법제의 영향을 받았느냐의 차이에서도 찾을 수 있다. 예컨대 독일 민법의 영향을 받은 위임과 대리에서도 수임인이 위임 사무 처리과정에서 본인의 이익이 아닌 자신이나 제 3 자의 이익을 추구할 가능성은 얼마든지 있음에도 개별적인 충실의무 규정은 존재하지 않는다. 반면에 영미 법제의 영향을 많이 받은 일본과 한국 회사법에서의 이사의 의무에 대해서는 신인의무에 해당하는 충실의무가 규정된 것으로 보아야 한다는 학설이 다수설이다.

³¹⁵ 영미에서도 일반적으로 충실의무는 보통법이 아닌 형평법의 신인관계를 근간으로만 부과되는 것이라고 한다. 이를 전제로 충실의무에 대해서 논한 문헌으로는 Cooter and Freedman, *supra* note 264; Sitkoff, *supra* note 264.

수탁자의 충실의무의 명문 규정이 없었던 신탁법 개정 이전에도 판례는 ‘수탁자의 충실의무는 수탁자가 신탁목적에 따라 신탁재산을 관리하여야 하고 신탁재산의 이익을 최대한 도모하여야 할 의무’라고 판시하면서³¹⁶ 수탁자의 충실의무를 인정하였다.

개정 신탁법은 수탁자의 의무와 관련한 부분에 있어서는 일본의 개정 신탁법과 거의 유사한 방향으로 규정하였다.³¹⁷ 개정 신탁법 제 33 조는 충실의무의 개념정의에 부합하게 ‘수탁자는 수익자의 이익을 위하여 신탁사무를 처리하여야 한다’는 점을 명문화함으로써 수탁자의 충실의무를 분명히 하였다.³¹⁸

이러한 충실의무의 구체적인 내용으로 이익충돌행위금지 의무(No-Conflict Rule)를 제 34 조³¹⁹에서 주요 예시들을 중심으로 규정하고 있고,

³¹⁶ 대법원 2005. 12. 22 선고 2003 다 55059 판결

³¹⁷ ‘(일본의 개정) 신탁법에서는 수탁자의 선관 주의의무의 성질이 임의 규정임이 명확화되고, 충실의무의 일반규정이 마련되었다. 또한 이해 충돌의 제한 및 경쟁 행위 제한에 대해서도 옛 신탁법과 비교해서 보다 상세한 규정이 임의 규정으로 마련됐다.’ 橋谷聡一, *supra* note 311. at 14

³¹⁸ 신탁법 개정 이전까지의 충실의무의 인정 여부와 근거에 대한 논의와 관련 일본의 학설을 정리한 내용으로는 이연갑, 수탁자의 보상청구권과 충실의무, 30 민사판례연구 (2008). 13-18 면

³¹⁹ 신탁법 제 34 조(이익에 반하는 행위의 금지) ① 수탁자는 누구의 명의(名義)로도 다음 각 호의 행위를 하지 못한다.

1. 신탁재산을 고유재산으로 하거나 신탁재산에 관한 권리를 고유재산에 귀속시키는 행위
2. 고유재산을 신탁재산으로 하거나 고유재산에 관한 권리를 신탁재산에 귀속시키는 행위
3. 여러 개의 신탁을 인수한 경우 하나의 신탁재산 또는 그에 관한 권리를 다른 신탁의 신탁재산에 귀속시키는 행위
4. 제 3 자의 신탁재산에 대한 행위에서 제 3 자를 대리하는 행위
5. 그 밖에 수익자의 이익에 반하는 행위

제 36 조 ³²⁰에서는 수탁자의 이익향수금지 의무(No-Profit Rule)규정하고 있으며, 제 35 조에서는 공평의무(duty to act fairly)를 규정하고 있다.

개정 신탁법은 이전의 규정들에 비해서 포괄적으로 예상되는 유형들을 열거하고 있기는 하나, 여전히 구체적이고 세밀한 금지 규정이라기보다는 오히려 원칙 중심의 방식에 가까운 측면이 있다. 따라서 관련 판례의 축적이 이루어져야 규정의 세밀한 구체화가 가능할 것으로 생각된다.³²¹

(2) 위반의 효과: 이득반환책임

개정 신탁법에 따르면 충실의무를 위반할 경우에는 단순히 이로 인해서 발생한 손해만을 배상함에 그치지 않는다. 신탁재산에 손해가 발생하지 않았더라도 수탁자는 그로 인하여 수탁자나 제 3 자가 얻은 이득 전부를 신탁재산에 반환하여야 한다(신탁법 제 43 조 제 3 항). 이러한 이득반환책임의 성질은 손해배상이나 부당이득은 아니고 신탁법이 특별히 인정한

② 제 1 항에도 불구하고 수탁자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 제 1 항 각 호의 행위를 할 수 있다. 다만, 제 3 호의 경우 수탁자는 법원에 허가를 신청함과 동시에 수익자에게 그 사실을 통지하여야 한다.

1. 신탁행위로 허용한 경우
2. 수익자에게 그 행위에 관련된 사실을 고지하고 수익자의 승인을 받은 경우
3. 법원의 허가를 받은 경우

③ 제 1 항에도 불구하고 수탁자는 상속 등 수탁자의 의사에 기하지 아니한 경우에는 신탁재산에 관한 권리를 포괄적으로 승계할 수 있다. 이 경우 해당 재산의 혼동에 관하여는 제 26 조를 준용한다.

³²⁰ 신탁법 제 36 조(수탁자의 이익향수금지) 수탁자는 누구의 명의로도 신탁의 이익을 누리지 못한다. 다만, 수탁자가 공동수익자의 1 인인 경우에는 그러하지 아니하다.

³²¹ 수탁자의 의무에 대한 동지의 논의로는 신탁법 해설, *supra* note 34.

법정책임으로, 손해배상이나 부당이득과 달리 반환범위가 손해에 한정되지 않고 이득 전부를 반환하게 한 것과 손해배상과는 달리 수탁자의 귀책 사유를 요구하지 않는 점에 특징이 있다.³²²

라. 충실의무의 효과

(1) 불완전계약의 보충

본인-대리인 관계에서의 계약의 궁극적인 목적은 계약의 내용에 따라 본인의 이익만을 위해서 대리인이 움직이도록 의무를 부과하면서, 대리인이 본인의 이익이 아닌 사익을 추구하는 것을 막도록 규정하는 것이다.

하지만 신탁 관계에서 위탁자와 수익자는 수탁자에 비해서 상대적으로 전문성이 결여되어 있으며, 적지 않은 경우 수탁자보다 협상력이 약할 수도 있다. 이에 대리인인 수탁자가 본인의 이익보다 자신의 이익을 추구할 수 있는 경우를 모두 예상하여 이를 계약의 규정으로 금하는 것이 불가능하며, 설사 대부분의 사적 이익추구 행위를 예상하였다고 하더라도 이를 계약의 내용으로 편입시키는 것은 또 다른 문제이다.³²³

³²² 이연갑, 개정신탁법상수탁자의권한과의무, 책임, 62 BFL (2013). 16 면; 최수정, *전계서* 67. 361 면; 이계정, *부당이득에 있어서 이득토출책임의 법리와 그 시사점 -반환범위에 있어 손해중심에서 이득중심으로의 전환*, 169 저스티스 37-87 (2018). 71 면

³²³ 이와 같은 맥락에서 Easterbrook 과 Fischel 은 충실의무는 당사자의 권리의무를 완벽하게 망라한 계약서를 작성하는 것이 불가능하기 때문에 존재한다고 말하고 있다. 이는 Easterbrook 과 Fischel 의 관련 저작에서 공통적으로 전제하고 있는 내용이다. 예로는 Fischel, *supra* note 264.; FRANK H.

EASTERBROOK & DANIEL R. FISCHEL, THE ECONOMIC STRUCTURE OF CORPORATE LAW (1991).

이때 위탁자가 모든 경우를 예상하였고, 이를 계약의 내용으로 편입시킬 수 있는 협상력을 가지고 있다고 가정하더라도, 실상 이를 당사자가 모두 만족할 수 있는 구체적인 문장으로 모두 적시하는 것은 불가능하다. 또한 이를 신탁법의 규정과 같이 원칙 중심으로 규정하는 것도 일정 부분 한계가 있다.

법률규정에 대한 해석은 제 3 자이고 객관적인 법원의 몫이지만, 계약의 내용의 1 차적인 해석은 당사자들의 몫이기 때문에 법 규정과 같이 불확정 개념으로 계약 내용을 구성할 경우, 이에 대한 해석에 관해 당사자간 분쟁이 발생할 가능성이 높기 때문이다.

이때 충실의무의 규정들은 당사자의 계약의 불완전한 부분을 보충해 줄 수 있다.³²⁴

(2) 의무위반의 사전 차단과 입증책임 전환

앞서 설명하였듯이 위탁자와 수익자는 상대적으로 전문성이 결여되어 있고, 신탁 재산에 대한 관리권한이 제한되어 있다. 수탁자는 다른 재산 관리제도에 비해서 상대적으로 넓은 재량을 가지고 있고, 신탁 재산도 외부적으로 수탁자에게 속하고 있다. 이로 인해서, 위탁자와 수익자는 수탁자가 의무를 위반하여 자신 또는 제 3 자의 이익을 추구하는 행위를 사전 또는 사후 어느 시점에서나 적발할 수 있는 가능성이 높지 않다.³²⁵ 또한 전문성의 결여로 이러한 위반행위가 어째서 계약에 따른 의무의 위반에 해당하는지, 이로 인해서 자신에게 어떠한 손해가 발생하였는지를 입증하고 설명하기 어려울 수밖에 없다.

³²⁴ Sitkoff 는 충실의무나 주의 의무의 핵심 의무들은 열려 있는, 즉 개방적 해석이 가능한 문장들로 구성된다고 설명하고 있다. Sitkoff, *supra* note 264. at 1044

³²⁵ 동지의 논의로 Cooter and Freedman, *supra* note 264. at 1051

위와 같은 전제에서 수탁자의 의무 위반의 기대이익을 간단한 수식으로 표현하면 이하와 같다.

$$\text{수탁자 충실의무 위반의 기대이익} = ([\text{위반이익}] \times [\text{위반의 성공 확률}]) - ([\text{위반패널티}] \times [\text{적발 확률}])$$

앞서 설명하였듯이 위반의 높은 성공 확률과 낮은 적발 확률은 신탁 법률관계의 내재적 문제이기 때문에, 위 수식의 변수 중에 조정할 수 있는 것은 위반 패널티와 적발의 구조 밖에는 없다.

우선 낮은 적발 확률에 대한 대응으로 우리 신탁법 상의 충실의무는 ① 결과가 아닌 이익충돌 상태에 있는 것 자체를 의무위반의 요건으로 삼고 있고, ② 신탁재산이나 수익자에게 손해가 발생하는 것을 요건으로 삼고 있지 않으며, ③ 수탁자의 귀책사유를 요구하고 있지 않다.

이러한 방식의 규정은 수탁자에게는 사전적 규제로 기능하게 되고, 수익자의 입장에서는 실질적인 입증책임 전환 효과로 기능하게 된다. 수익자는 수탁자가 어떠한 목적으로 어떠한 이익을 얻었고 신탁재산에 어떠한 손해를 입혔는지를 입증할 필요없이, 수탁자가 신탁법에서 예시한 이익충돌 상태에 있다는 사실만을 입증하면 된다. 반면 수탁자는 의무위반 책임을 회피하기 위해서는 자신의 행위의 목적, 과정, 결과 등에 대한 상세한 해명으로 자신의 행위가 충실의무 위반이 아니라는 사실을 입증해야만 하고, 이는 수익자가 자신의 수익권을 보호하는 데에 있어 큰 장점이 된다. 물론 이러한 입증 책임의 전환은 수탁자에게 비용을 부과하지만, 이러한 비용은 수탁자의 보수를 통해서 충분히 산정·분배될 수 있다.

이러한 충실의무의 적발확률을 높이는 기능은 신탁뿐만 아니라 영미에서는 신인관계 전반에서 중요하게 작용한다. Cooter 에 따르면 충실의무의 입증책임 전환 덕에 원고들은 분쟁에서 일반적으로 신인관계의 성립을 주장하여 해당 분쟁에 충실의무의 기준을 적용하고 상대방에게 입증의 부담을 전가하려 한다 ³²⁶는 것이다.

(3) 의무위반의 유인 차단: 이익반환제도

(가) 기회주의적 계약위반

일반적인 계약에서 계약의 의무 위반에 대한 채무불이행의 손해배상 범위는 통상의 손해에 한정되고, 채무자가 그 사정을 알았거나 알 수 있었을 때에 한하여 인정되는 특별손해로는(민법 제 393 조) 이행이익을 초과하는 확대손해 ³²⁷나 대체행위에 따른 추가비용부담 등이 인정된다. ³²⁸ 이러한 통상손해나 특별손해는 모두 채무불이행으로 인해서 당사자가 입은 손해를 어디까지 인정할 것인가에 대한 것이므로, 위반자가 위반을 통해서 얻은 이익은 기본적으로 배상의 범위에 포함되지 않는다. 이는 영미 계약법에서도 마찬가지로, 계약 의무 위반에 대한 기본적인 구제수단은 이행이익(expectation interest)에 대한 배상이고, ^{329, 330, 331} 위반자의 이익에 대한 반환을 요구하지는 않는다.

³²⁶ *Id.* at 1075

³²⁷ 예로는 대판 2017. 2. 15. 2015 다 235766 판결

³²⁸ 지원립, *전제서* 74. 533 면

³²⁹ the Restatement (Second) of Contracts §344, cmt a

³³⁰ COOTER AND ULEN, *supra* note 268. at 289

³³¹ 이행이익 배상의 법경제학적 의의에 대한 설명으로는 *Id.* at 283-287, 309-311

법경제학적으로 보면, 의무위반에 대한 손해배상과 같은 벌칙들은 피해자에 대한 배상적인 성격도 있지만, 이와 동시에 의무이행자가 의무를 이행할 유인을 증가시키고 위반할 유인은 감소시키는 것을 목적으로 한다고 볼 수 있다. 이러한 관점에서 보면 손해배상의 범위 산정에 위반자의 이익을 감안하지 않는 구조는 상황에 따라서 의무이행자의 의무 위반 유인을 충분히 감소시키지 못할 수 있다는 문제가 있다.

예컨대 의무이행자(채무자)가 의무를 이행하면 50의 보상을 받고, 의무를 위반할 경우 100을 배상해야 하지만 200의 이익을 얻을 수 있는 경우를 가정해보자. 의무이행자는 의무를 위반할 경우에 의무를 이행하는 경우보다 50의 이익을 더 얻을 수 있어서 의무를 불이행할 유인이 생긴다. 이렇게 계약의 당사자가 의무이행의 경우와 위반의 경우 자신의 손익을 교량하여 위반시 이익이 크다고 판단하여 위반행위를 하는 것을 법경제학에서는 효율적 위반(*efficient breach*)³³² 또는 기회주의적 계약위반(*opportunistic breach*)³³³이라 한다.

이러한 효율적 위반의 유인을 감소시키는 가장 단순한 방법은 의무자가 의무 위반을 통해서 얻는 이익을 모두 반환(또는 토출, 吐出, *disgorgement*) 시키는 것이다. 적발 시 위반을 통해서 얻은 이익이 모두 토출된

³³² Daniel Markovits, *Sharing Ex Ante and Sharing Ex Post: The Non-Contractual Basis of Fiduciary Relations*, in *PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF FIDUCIARY LAW* 209–224 (Andrew S Gold & Paul B Miller eds., 2014). at 209

³³³ 엄밀히는 효율적 위반과 기회주의적 계약위반의 의미는 다르다. 효율적 위반의 경우에는 전체적으로 ‘효율적’일 경우 경제학적으로 장려되어야 할 수도 있으나, 기회주의적 계약위반의 경우에는 위반자의 이익만을 반영한 의미로 주로 사용된다.

다면 의무자가 기회주의적으로 계약을 위반할 유인은 줄어들게 된다.^{334, 335}

(나) 충실의무 위반과 이익반환제도

위와 같은 기회주의적 계약위반은 신탁의 충실의무와 관련하여 발생할 가능성이 높다.

수탁자가 태만 등의 이유로 관리의무를 소홀히 할 경우에는 신탁재산에 손해가 발생하거나 기대이익이 감소할 수 있다. 그러나 이로 인해서 수탁자가 특별히 이익을 얻지는 않고, 적발될 경우 이에 따른 배상을 해야만 하는 손해만 입게 된다. 반면 수탁자가 충실의무를 위반하여 자신이

³³⁴ 우리법의 부당이득반환 법리와는 달리 영미법은 ‘위법행위를 이유로 하는 원상회복(restitution for wrongs)’이라는 부당이득반환청구권을 통해 수익자가 얻은 이득을 토출시키는 법리가 존재하고 있었다. 이를 최근 개정된 미국의 제 3 차 부당이득법 리스테이트먼트 §39 에서 조문화 하여 관련된 논의가 활발히 진행되고 있다. 이를 소개하는 국내 문헌으로는 이해리, 미국법상 기회주의적 계약위반에 대한 토출 책임, 21 비교사법 673-704 (2014); 서종희, *영미 부당이득법상의 이득토출 (disgorgement of profits) 책임 - 위법행위를 이유로 한 원상회복(restitution for wrongs)을 중심으로* -, 24 서울법학 145-181 (2016).

³³⁵ 우리법상의 이익반환제도로는 신탁법상의 이익반환청구권과 상법상 이득양도청구권, 그리고 지식재산권 침해를 원인으로 한 불법행위 청구와 관련하여 손해액을 산정함에 있어 침해자 이익을 손해액으로 추정하도록 하고 있는 규정 등이 있다. 이계정, *전계논문* 322. 71-72 면; 참고로 이계정, 서종희는 우리법의 부당이득 제도에서도 이득반환 법리에 대한 고려가 필요하다는 입장이고, 김상중은 영국의 restitution for wrongs 의 위법이익 반환 제도는 우리 부당이득 법리와 부합하지 않는 측면이 있어서 신중한 태도가 필요하다는 입장이다. 관련 문헌은 김상중, *영국의 restitution for wrongs 와 위법이익의 반환 -우리 부당이득법의 수용 여부와 손해배상법의 발전방향에 대한 시사점*, 78 민사법학 325-367 (2017); 이계정, *전계논문* 322; 서종희, *전계논문* 334.

나 제 3 자의 이익을 추구할 경우에는 신탁재산의 손해와 함께 수탁자에게 이익이 발생할 수 있으며, 이러한 이익이 위반에 따른 배상 등의 불이익보다 클 경우에는 의무를 위반할 유인이 커지게 된다.

이와 관련하여 Cooter 와 Freedman³³⁶은 수탁자가 충실의무를 위반할 인센티브가 있기 때문에 이를 낮추기 위해서는 고의적 위반에 대해서 단순한 피해 배상뿐만이 아니라 강력한 처벌이 있어야만 하고, 단순한 태만 등으로 인한 관리의무 위반의 경우에는 불법행위에 대한 배상 원칙을 적용하여 피해에 대한 배상으로 충분하다고 보고 있다.³³⁷

앞서 설명하였듯이 우리 신탁법 제 43 조 제 3 항은 수탁자의 충실의무 위반으로 신탁재산에 손해가 발생하지 않았더라도 수탁자는 그로 인하여 수탁자나 제 3 자가 얻은 이득 전부를 신탁재산에 반환하여야 한다고 규정하고 있다. 이렇게 수탁자의 충실의무 위반에 대해서 통상과는 다른 이득반환제도를 통해 유인을 낮추고 있다. 이러한 이득반환제도는 민법의 다른 재산관리 제도에서는 찾기 어려운 신탁의 성립의 효과라고 볼 수 있을 것이다.

마. 소결: 배임죄와 충실의무

민법상 재산관리제도 중에서는 오로지 신탁만이 충실의무를 부과하고 있지만, 이와 관련하여 민법이 아닌 다른 법에서 대리인이 본인의 이익만을 위해서 움직이게 하는 법적장치는 따로 없을까? 이와 관련해서 우

³³⁶ Cooter 와 Freedman 은 이득반환제도가 ‘강력한 처벌’에 해당하는지 여부를 명확히 분류하지는 않았으나, 실상 이득반환제도 자체가 항상 강한 위반 페널티에 속하는지는 명확하지 않다. 그러나, 유인을 낮추기 위한 방식이라는 점에서 동일하게 볼 수 있을 것이다.

³³⁷ Cooter and Freedman, *supra* note 264. at 1071-1075

리법에서 신인의무의 충실의무와 유사한 기능을 하는 것으로는 형법의 횡령·배임을 고려해볼 수 있다.

형법의 횡령·배임의 죄는 ‘그 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 때’와 같이 다양한 경우의 포섭이 가능한 넓은 용어를 사용하여, 문언만으로는 재산관리인의 충실의무 위반을 포괄할 수 있을 것으로 보인다. 또한 위반자에 대해서 형사처벌이라는 강력한 패널티를 부여하여, 이로 인한 위반의 비용은 대리인의 부정행위를 막는 강력한 억제로 작동할 수 있다. 또한, 실제로 우리 실무에서는 재산관리자의 의무 위반에 대해서 형법의 횡령·배임을 통해서 해결하는 방식이 많이 사용되고 있으며, 이에 대해서는 민사적 문제에서 형사적 수단이 남용된다고 비판도 존재한다.

신탁과 비교하였을 때 ① 형법의 최소적용의 특성상 횡령·배임죄의 성립 범위는 신인관계에서의 충실의무의 위반의 범위보다는 좁을 가능성이 높으며, ② 기본적으로 횡령·배임죄의 성립은 이를 주장하는 자가 입증 책임을 지기 때문에 전문성이 결여되고 적발 가능성이 낮은 수익자의 입장에서는 이를 입증하기 어려우며, ③ 횡령·배임죄는 성립요건으로 본인의 손해를 요구하기 때문에, 신탁의 충실의무와는 달리 사전적 규제 성향이 약할 수밖에 없다.³³⁸

³³⁸ 2번과 관련하여서는 형사 절차에 따른 경찰과 검찰에 의한 입증이 이루어 지기는 하지만, 실상 고소인 측에서 혐의 내용의 대부분을 입증해야 하는 실무의 특성을 감안하면, 애당초 입증 책임이 전환되어 있는 신탁 충실의무의 위반의 경우가 보다 수익자에게 유리한 것으로 판단된다. 3번과 관련하여서는 엄밀히 말하면, 수탁자의 모든 의무위반에 대한 손해배상이 수익자의 손해를 요구하지 않는 것인 아니라, 신탁법 제 43 조 3 항에 따른 이득 반환 제도가 수익자의 손해를 요건으로 하지 않는다.

따라서, 형법의 횡령·배임과 비교했을 때 신탁의 충실의무 규정은 전문가인 수탁자에게 신탁 재산의 관리를 맡긴 상황에서 보다 적은 비용으로 효율적으로 대리인 비용을 축소시켜주는 효과가 있다고 할 것이다.^{339 340}

3. 관리의무(duty of care)³⁴¹의 양면적 기능

가. 관리의무와 관리기준

신탁에 있어 수탁자는 신탁의 목적에 따라 신탁 재산을 운영·관리해야 하며, 이는 수탁자의 근본적인 관리 역할(managerial role)이고, 이를 수탁자의 관리의무(Duty of Care)라 한다.

수탁자가 해당 신탁재산을 어떻게 구체적으로 관리해야 하는가는 그 신탁재산의 성질과 신탁 목적에 따라 달라질 수밖에 없고, 모든 경우를 망라하는 규정을 만드는 것은 효율적이지도 않고 가능하지도 않다.

³³⁹ 우리나라에서도 충실의무의 효용성에 대한 논의가 아예 없었던 것은 아니다. 대리나 위임관계에서 특히 수임자가 전문가인 경우에는 신인의무 또는 충실의무가 부여될 필요성이 있으나, 우리 민법에서는 대리나 위임관계에 있어서 구체적인 충실의무를 규정하고 있지 않으므로 신인의무 또는 일본과 같이 충실의무의 도입 필요성을 주장하는 목소리가 존재한다. 예로는 송영민, 신인의무 법리에 관한 고찰, 15 홍익법학 231-253 (2014). 249-250 면, 이지민, *supra* note 313. 72-74 면

³⁴⁰ 보다 근본적으로는 계약의 의무 위반이라는 민사적 문제에 대해서 형사적 수단이 불필요하게 남용되는 문제 측면에서도 검토가 가능할 것이다.

³⁴¹ ‘duty of care’는 통장 ‘주의의무’, ‘관리의무’ 등으로 번역되며, 번역 용어 차이에 따른 의미의 차이는 없다. ‘주의의무’라고 번역되는 경우가 더 일반적이지만, 본 논문에서는 수탁자의 근본적인 관리 역할과 관리 기준을 중심으로 설명하고 있기 때문에 의미 전달의 명확성을 위하여 ‘관리의무’로 번역하도록 한다.

따라서 영국 신탁은 관리 의무 준수의 기준이 되는 원칙을 확립하고, 이러한 기준을 구체적인 상황에 처하여 수탁자의 관리 의무 준수 여부를 확인하는 방식으로 발전하여 왔다.

이러한 관리의무의 기준은 시대와 그 목적에 따라서 달라질 수밖에 없다. 신탁은 기본적으로 수탁자에 대한 의무이고, 전통적인 신탁의 목적이 대부분 명의신탁에 가까운 신탁재산의 보관이나 분배에 그쳤기 때문에, 기존의 수탁자의 관리 의무에 대한 기준은 보수적일 수밖에 없었다. 하지만 현대의 신탁(modern trust)은 단순한 신탁재산의 보관이 아닌 능동적인 투자를 통한 수익의 확대를 목적으로 하고 있는 경우가 많아서, 과거의 보수적인 ‘신중한’ 기준 아래에서는 수탁자가 원활하게 수익자를 위한 수익 추구를 할 권한이 인정되기 어려울 수 있다. 수익의 추구는 기본적으로 일정 수준의 위험을 인수하여야만 가능한 것이기 때문이다.

통상적으로 성공이익은 성공 확률에 반비례한다고 가정한다면, 수익자의 기대이익 선호도와 수탁자의 인센티브 구조에 따라 위반해당 확률이 조정되어야 한다. 즉, 당사자의 이익의 극대화를 위해서는 신탁의 목적과 수탁자의 신탁 보수 존재 여부, 수익자와의 관계에 따라서 위반기준이 달라져야 한다는 것이다.

나. 우리 신탁법의 선관의무

(1) 선관의무의 내용

(가) 개정 신탁법의 선관의무

우리 개정 신탁법은 수탁자의 권한이 신탁재산의 관리행위 및 처분행위에 그치지 않고 관리·처분·운용·소송행위, 사실행위도 포함할 수 있다는

것을 명확히 하고 있다.³⁴² 즉 구법에는 없던 규정으로 제 31 조에서 ‘수탁자는 신탁재산에 대한 권리와 의무의 귀속주체로서 신탁재산의 관리, 처분 등을 하고 신탁 목적의 달성을 위하여 필요한 모든 행위를 할 권한이 있다. 다만, 신탁행위로 이를 제한할 수 있다’고 규정하여 수탁자의 의무와 균형을 맞추어 권한을 설명하고 있다.³⁴³

그리고 제 32 조에서는 ‘수탁자는 선량한 관리자의 주의(注意)로 신탁사무를 처리하여야 한다’고 규정하고 동조 단서에서 이러한 선관주의 의무가 임의규정임을 명시하고 있다.

판례와 다수설에 의하면 상기 선관주의무는 우리 민법 제 681 조에서 규정하고 있는 수임인의 선관주의무와 동일한 객관적 주의의무를 뜻한다고 하한다.³⁴⁴ 객관적 주의의무는 관리자의 개인적·구체적인 능력의 차이가 아니라 거래상 일반적으로 평균인에게 요구되는 정도의 주의의무로, 수탁자가 종사하는 직업, 그가 속한 사회적 지위 등에 따라 보통 일반적으로 요구되는 주의를 의미한다고 한다.³⁴⁵

신탁법은 상기 선관주의무의 구체적인 규정들을 세세하게 갖추고 있지는 않기 때문에, 선관주의무의 개별 상황에서의 적용에 대해서는 일정 부분 향후 축적될 판례의 해석에 의지하는 수밖에 없다.

(나) 판례를 통한 기준확인

수탁자의 선관 의무에 대한 대표적인 판례로는 다음과 같이 판시한 애용이 있다. 즉 위탁자지시형 신탁인 경우에 ‘수탁자는 신탁의 본지에 따라 선량한 관리자의 주의로써 신탁재산을 관리 또는 처분하여야 하고,

³⁴² 신탁법 해설, *supra* note 34. 249-251 면

³⁴³ 입법에 있어 일본 개정신탁법 제 26 조의 영향을 받은 것으로 보인다.

³⁴⁴ 대법원 2006. 6. 9 선고 2004 다 24557 판결

³⁴⁵ 문형배, “토지신탁상 수탁자의 손해배상 의무와 보상청구권”, 판례연구 제 19집, 부산판례연구회, 2008, 155 면

이러한 주의의무는 민법상 위임에 있어서 수임인의 주의의무와 같은 개념으로 이해할 수 있다. 따라서 토지신탁계약의 수탁자는 우선적으로 위탁자의 지시에 따라 사무처리를 하여야 하나, 그 지시에 따라 신탁사업을 추진하는 것이 신탁의 취지에 적합하지 않거나 경제성이 없는 것으로 판단되어 위탁자에게 불이익할 때에는 그러한 내용을 위탁자에게 알려주고 그 지시를 변경하도록 조언할 의무를 진다고 할 것이다.³⁴⁶ 하급심 판례로는 부동산신탁계약의 수탁회사가 부실건설회사를 시공업체로 선정하고 당해 건설회사가 공사선급금을 신탁사업과 무관한 용도로 사용할 것을 알면서도 채권확보 대책도 없이 거액의 공사 선급금을 일시로 지급하며 결과적으로 건설회사의 부도로 공사가 착공되지 못하게 되어 신탁사업에 차질을 빚은 경우에 수탁회사의 선관의무위반을 인정하기도 하였다.³⁴⁷

물론 위임에서의 선관(주의)의무에 대한 판례의 내용을 참고하여 신탁의 선관주의의 구체적인 내용을 추정해볼 수도 있으나, 일반적인 위임과는 달리 신탁재산의 법적 소유권이 완전히 이전되는 신탁의 특성상 위임의 사례들에서의 법원의 태도가 신탁에 있어서도 일치하여 적용될 것인지는 구체적인 사안에 따라 향후 지켜볼 수밖에 없다.³⁴⁸

(2) 위반의 효과

관리의무 위반으로 신탁재산에 손해가 발생한 경우에는 그 손해의 원상회복 또는 손해배상의무가 성립한다(제 43 조 제 1, 2 항). 이러한 책임은

³⁴⁶ 대법원 2006. 6. 9 선고 2004 다 24557 판결

³⁴⁷ 서울지방법원 1999. 9. 9 선고 98 가합 83710 판결

³⁴⁸ 위임과는 달리 신탁은 신탁재산이 수탁자에게 이전되어 수탁자가 이를 이용하는 것이기 때문에 더 중한 주의의무를 전제로 하고 있다는 주장으로 윤태영, 신탁수탁자의 선관주의의무, 22 비교사법 (2015). 541-544 면

채무불이행책임이고,³⁴⁹ 명문의 규정은 없으나 민법의 채무불이행책임의 원칙에 따라 수탁자의 귀책사유를 요한다.³⁵⁰

다. 관리의무의 기준

(1) 관리의무의 특수성

(가) 관리의무와 충실의무의 차이

관리의무 위반에 대한 접근은 충실의무 위반의 경우와는 근본적으로 다른 측면을 가지고 있다. 일반적으로 무조건 막아야만 하는 충실의무 위반과는 달리 관리의무의 경우에는 관리의무의 위반의 의미가 불필요한 위험을 발생시키는 것을 의미한다면, 신탁의 목적에 따라 대리인이 적절한 수준의 위험을 감내해야만 하는 경우도 있기 때문이다.

평균적인 시장에서 기대이익의 크기는 당사자가 감당하는 리스크의 크기에 비례한다. 즉 보다 높은 이익을 위해서는 보다 큰 리스크를 감내해

³⁴⁹ 최수정은 제 43 조 제 1 항의 책임을 채무불이행책임이나 불법행위책임이 아닌 신탁법에 따른 특별한 법정책임이라고 보고 있고, 이연갑은 이를 채무불이행책임으로 보고 있다. 불법행위책임을 제외한 채무불이행책임과 법정책임의 경우에는 소멸시효에 차이가 없어 구별할 논의의 실익이 크지는 않다. 굳이 논하자면 청구권자가 아닌 신탁재산에 대한 원상회복이 이루어지는 등의 특징은 신탁관계에서의 당사자 관계로 인한 자연스러운 모습이기 때문에, 이러한 특성을 이유로 일반적인 이를 채무불이행책임과는 다른 법정책임이라고 보아야 할 이유는 크지 않은 것으로 판단된다. 따라서 본 논문에서는 신탁법 제 43 조 제 1 항의 책임을 채무불이행 책임으로 보도록 한다. 최수정, *전제서* 67, 346 면; 이연갑, *개정신탁법상수탁자의권한과 의무, 책임*, 62 BFL (2013). 16 면

³⁵⁰ 동지의 논의로 최수정, *전제서* 67, 350 면; 이연갑, *전제논문* 22 16 면; 이재욱, 이상호, *신탁법 해설* (2000). 354 면

야 한다. 실패는 더 큰 손실로 이어질 수 있고, 보수적인 리스크 관리는 성공한다고 하더라도 작은 수익만을 기대할 수 있게 된다. 관리의무 위반에 대한 페널티가 너무 강하고, 대리인의 보상의 긍정적 결과에 대한 인센티브가 아니라 부정적 결과에 대한 인센티브만으로 이루어져 있는 경우에는 대리인은 리스크 회피적인 성향을 가지게 된다. 이는 본인의 잠재적인 손해로 이어질 수도 있다.³⁵¹

(나) 관리의무 위반 페널티의 적절성

위와 같은 관리의무의 충실의무와의 차이는 충실의무와 관리의무의 위반에 따른 페널티의 차이에도 반영된다. 앞서 설명하였듯이 충실의무와는 달리 수탁자가 태만 등의 이유로 관리의무를 소홀히 할 경우에는 이로 인해서 수탁자가 특별히 이익을 얻지는 않기 때문에, 충실의무 위반과는 다른 유인에 기한 것으로서 이에 대해서는 피해에 대한 배상으로 충분하다.³⁵² 우리 신탁법도 ‘신탁재산에 손해가 발생한 경우에는 그 손해의 원상회복 또는 손해배상의무가 성립한다’고 규정하여 이러한 차이를 반영하고 있다.

(다) 관리의무 기준의 문제

그러나 관리의무의 기준에 대해서 우리 신탁법이 적정한 기준을 제시하고 있는지에 대해서는 아직은 충분히 검증되지 못한 부분이 있다.

수탁자의 의무 준수 여부 판단의 기준이 너무 엄격하면 이와 관련한 비용이 증가하여 수익자는 예상했던 수익률을 얻을 수 없다. 한편 수탁자는 과도한 책임 부담의 두려움으로 관련 신탁업의 성장이 축소될 수 있

³⁵¹ 동지의 논의로 Cooter and Freedman, *supra* note 264. at 1062-1064

³⁵² *Id.* at 1071-1075

다. 반면 수탁자의 관리의무와 권한에 대한 제한이 너무 경감되면 신탁의 본질적인 목적인 수익자를 위한 신탁 재산의 보호가 무너지게 된다. 결국 문제는 어느 정도의 기준으로 균형적인 수탁자의 관리 의무의 기준을 세울 수 있느냐는 것이다.

앞서 살펴보았듯이 우리 신탁법 조문 자체만으로는 기준이 구체적이지 않고, 판례도 아직은 충분히 축적되지 않은 것으로 판단된다. 이러한 현재의 ‘사례 부족’에 대한 해결책으로 모범이 되는 입법례의 축적된 판례를 기초로 하여 선관의무를 구체화할 수 있다는 주장도 있고,³⁵³ 개정 신탁법에서의 수탁자의 선관의무를 영국 신탁의 주요사례를 기초로 설명하고 있는 주장들도 있다.³⁵⁴ 그러나 이 문제는 신탁의 성립범위 및 법제의 근본적인 차이로 구체적인 사례의 축적 전에는 쉽게 예단할 수 없는 문제가 있다.

다만 영국의 관리의무 기준을 그대로 도입하는 것은 무리라고 하더라도, 관리의무의 기준과 관련하여 영국이 경험한 논의의 진행과 발전 과정을 참조하는 것은 분명히 의미가 있다. 관리의무의 기준은 궁극적인 하나의 해답이 있는 것이 아니라, 시대의 변화와 시장의 요구에 따라 지속적으로 변할 수밖에 없기 때문이다.

(2) 영국에서의 논의

(가) 관리의무 논의의 역사

³⁵³ 윤태영, *supra* note 348. 544 면

³⁵⁴ 예컨대 이연갑의 ‘수탁자가 전문적인 지식과 경험을 가진다고 주장하여 수탁자로 된 경우에는 그가 실제로 그러한 전문적인 지식·경험을 가지고 있지 않더라도 전문적인 지식·경험을 가지는 자에게 기대되는 수준의 주의의무를 다하지 아니하면 선관의무 위반으로 인정된다’는 설명은 영국 2000 년 수탁자법을 참조한 것으로 추정된다. 이연갑, *전계논문* 322. 11 면

관리의무는 초기 신탁부터 수탁자의 주된 의무로 인식되어 온 것은 아니다. 앞서 설명하였듯이 신탁의 초기 형태인 13 세기 후반의 유스(use)는 토지의 명의보관 장치로 기능했고, 현대의 명의신탁에 가까운 목적으로 사용되었기 때문에 수탁자의 능동적인 관리(active management)는 필요하지 않았다.

유스(use)자체가 보관(custody)의 수동적인 형태에 해당하였고 이러한 쓰임새가 중세와 근대 초기까지도 계속되었다. 수탁자에게 일정한 재량권이 이전을 통해 부여된 것은 16 세기 초나 되어야 나타난 현상이다. 신탁에 있어서 수탁자의 관리의무가 인식되기 시작한 것은 17 세기부터이고,³⁵⁵ 이에 대한 본격적인 논의가 이루어진 것은 19 세기부터이다.³⁵⁶

Hudson 에 따르면 19 세기의 판례들에서 요구한 관리 의무의 원칙은 다른 사람을 위해서 ‘해당 업무에 종사하는 신중한 사람’ (prudent man of business)³⁵⁷으로서 행동하는 것이라고 한다.

이러한 근대 신탁에서 수탁자의 관리 의무에 대한 논의의 기준이 되는 사례는 Speight v Gaunt³⁵⁸이다. 이 판례에서 Lord Jessel MR 은 수탁자

³⁵⁵ Joshua Getzler, *Duty of Care, in BREACH OF TRUST* 41-74 (Piter Berks & Arianna Pretto eds., 2002). at 43

³⁵⁶ R. P. Austin, *Moulding the Content of Fiduciary Duties, in TRENDS IN CONTEMPORARY TRUST LAW* 153-176 (A J Oakley ed., 1996). at 169

³⁵⁷ 참고로 橋谷聡一 는 이를 ‘합리적인 직업인’으로 번역하였고, 국내에서는 윤태영이 ‘신중한’으로 번역하였다. 본 연구에서는 prudent 의 의미는 합리성보다는 신중성에 가깝다는 점, 2000 년 수탁자법이 제시한 합리성(reasonable) 기준과 구별해야 한다는 점 때문에 ‘신중한’으로 번역하였다. 橋谷聡一, *supra* note 311; 윤태영, *supra* note 348.

³⁵⁸ Speight v Gaunt (1883) 9 App Cas 1.; Brice v Stokes (1805) 11 Ves 319; Bullock v Bullock (1886) 56 LJ Ch 221.

의 임무가 신탁 재산의 투자(invest)인 경우의 수탁자의 관리 의무 준수에 대한 표준이 되는 기준을 ‘신탁의 원칙상 수탁자의 의무는 해당 직역에 종사하는 일반적인 신중한 사람이 자기자신의 일을 하는 것과 같은 수준(same manner)으로 신탁의 업무를 수행하는 것이고, 그러한 수준을 넘어선 책임이나 의무는 인정되지 않는다.’라고 제시하였다. 이후 사례에 따라 세부적으로 변용이 되기는 하였으나, 상기 사례는 현재까지도 수탁자 의무 준수 여부가 문제가 되는 사안에서 논의의 출발점이 되어 왔다.³⁵⁹

그러나 이때 ‘신중한’(prudent)의 구체적인 의미는 모든 사례에 일관적으로 설명할 수 있는 것도 아니고, 위와 같은 원칙을 적용한다고 하더라도 신탁의 목적과 수탁자의 업무의 성격과 범위에 따라 그 의미가 달라질 수밖에 없다.

특히나 ① 수탁자가 대가를 수령하는지 여부, 즉 신탁이 유상인지 무상인지에 따라 그 의무의 기준이 달라질 수 있고, ② 단순히 신탁재산을 보관·유지만 하는 경우와 신탁 재산을 투자해서 수익을 늘리는 것으로 목적으로 하는 경우 수탁자의 의무 준수 기준은 다를 수밖에 없으며, ③ 수탁자가 단순한 지인인(family & friend) 경우와 직업적인 전문 지식을 가지고 있는(professionally qualified) 경우는 당연히 달라야 하기 때문이다.

위와 같은 신탁의 목적과 수탁자의 성격에 따른 관리 의무의 기준의 차이와 이로 인한 어려움을 인식하여 1982 년 법률개정위원회(Law Reform Committee)는 기존 판례의 논의들을 중심으로 수탁자의 분류에 따

³⁵⁹ 대부분의 주요 문헌에서 수탁자의 선관주의 의무의 기준이 되는 사례로 상기 판시 내용을 설명하고 있다. HUDSON, *supra* note 2, at 319; HAYTON AND MITCHELL, *supra* note 2., Getzler, *supra* note 355. at 41

른 수탁자의 선관 주의 의무의 기준 등을 정리하여 보고서를 작성하였다.³⁶⁰

상기 보고서에서는 무상 수탁자와 유상 수탁자의 의무범위에 차이를 둘 필요성을 검토하고, 수탁자를 ① '가족 또는 친구'(family & friend)형의 전문적이지 않은 무상의 수탁자(unprofessional & unpaid trustee)와 ② 변호사 혹은 회계사처럼 유상(paid)이고 전문적 자격을 가진 (professionally qualified) 수탁자, 그리고 ③ 자신의 능력을 스스로 선전하는 은행 같은 전문적 수탁자(professional trustees)로 분류하고 그 기준에 차이를 두는 방안에 대해 검토하였다. 이는 실상 이전까지의 판례와 학계에서의 논의를 정리한 것으로 기존의 논의와 크게 다르지 않은 것이었다.³⁶¹

상기 보고서의 작성과 함께 실무와 학계로부터 위와 같은 문제를 정리하는 입법과 개정의 필요성에 대한 주장이 계속되자³⁶² 이러한 의견들을 반영한 입법과 개정 작업들이 진행되었다. 그러나 전반적인 수탁자의 의무에 대한 기준을 제시하기에는 충분하지 않았다. 그러다 최종적으로 2000년 1월에 수탁자법의 법안이 상원에 상정되었고, 2000. 11. 23. 법안이 통과되어 2001. 2. 1.부터 발효되었다.

(나) 2000년 수탁자법(Trustee Act 2000)

2000년 통과된 수탁자법(Trustee Act 2000)은 신탁재산의 투자 운용에 있어서의 수탁자의 의무와 권한을 규정하고 있다. 이러한 투자 관련

³⁶⁰ Twenty-third Report (The powers and duties of trustees). Cmnd 8733. HMSO. London. October 1982.

³⁶¹ 橋谷聡一, *supra* note 311. at 144

³⁶² Geoffrey Shindler, *Trustee Act 2000: A Practical Guide on Some Key Features*, 1 ELDER LAW FINANC. (2001). at 2

업무와 관련하여 토지 취득과 수탁자가 변호사·감사 등의 전문적인 지식을 요하는 자격으로 행위를 하는 자에게 위임을 할 수 있는 내용을 ³⁶³ 규정하고 있다.

Hudson 에 따르면 이러한 2000 년 수탁자법은 단순히 투자 관련 수탁자들의 책임을 강화하기 위한 것이 아니라, 투자 관련 신탁에 있어서 관리 의무의 기준을 합리화시키기 위한 측면이 있다고 한다. 앞서 이야기한 ‘신중한’(prudent)이라는 요건은 수익 증가의 목적이 내재된 투자(investment) 관련 신탁에 적용될 경우 수탁자의 입장에서는 조금이라도 위험(risk)을 감내하면서 투자에 나서서는 안 되는 것으로 해석될 여지가 있기 때문이다. ³⁶⁴

이에 따라 2000 년 수탁자법은 관리의무의 내용으로 수탁업무의 수행이 ‘합리적’(reasonable)일 것을 요구하고 있다. 2000 년 수탁자법 제 1조 ³⁶⁵에서는 수탁자가 특별한 기술이나 경험을 가지고 있다면 그 상황에서 합리적인 기술과 경험으로 수탁자의 의무를 이행해야 하고, 만약 수

³⁶³ Trustee Act 2000

SCHEDULE 1 Application of duty of care

³⁶⁴ HUDSON, *supra* note 3. at 390-392

³⁶⁵ Trustee Act 2000

1 The duty of care.

(1) Whenever the duty under this subsection applies to a trustee, he must exercise such care and skill as is reasonable in the circumstances, having regard in particular—

(a) to any special knowledge or experience that he has or holds himself out as having, and

(b) if he acts as trustee in the course of a business or profession, to any special knowledge or experience that it is reasonable to expect of a person acting in the course of that kind of business or profession.

(2) In this Act the duty under subsection (1) is called “the duty of care”.

탁자가 업무나 직업의 일환으로 수탁자를 하고 있는 것이라면, 그러한 업무나 직업에서 합리적으로 기대되는 지식이나 경험을 가지고 수탁자의 임무를 수행해야 한다고 규정하고 있다. 따라서 이 규정은 ‘합리성’을 중요한 기준으로 제시하고 있다.

이러한 2000 년 수탁자법에서 규정하는 투자 관련 신탁에서의 수탁자의 관리 의무와 권한의 내용들은 이전의 관련 판례를 통해 개별적으로 설명되었던 형평법적 의무의 내용과 크게 다르지는 않다.³⁶⁶ 그러나 기존에 흩어져 있던 내용들을 입법을 통해서 정리하고, 투자 관련 신탁의 문서에서 수탁자의 권한과 의무를 명확히 설정하지 않아서 분쟁의 여지가 있을 경우를 대비하여 기준을 제시해주는 임의규정으로서의³⁶⁷ 의미가 있다.

(3) 영국 논의의 시사점

영국 정부는 판례의 점진적인 조정을 거쳐서 2000 년 수탁자법을 입안하였다. 해당법은 임의규정의 형태로 신탁의 사적자치를 인정하면서 투자 관련 신탁에서의 수탁자의 관리의무와 권한에 대한 가이드를 제시하였으며, 이를 통해 ‘투자 기구로서의 신탁의 활성화’라는 목적과 ‘수탁자의 권한과 신탁 재산의 보호’의 균형점을 찾고자 한 것이다.

우리 신탁법 또한 기본 방향에서는 관리의무의 위와 같은 양면성을 인식은 하고 있으나, 막상 구체적인 사례에서 신탁법이 뚜렷한 답을 주기는 어렵고, 이에 대한 논의도 많이 진행되어 있지는 않다. 예컨대 영국 신탁에서 논의하던 수탁자의 성격과 신탁의 목적에 따른 차이에 대해서

³⁶⁶ MCFARLANE AND MITCHELL, *supra* note 3. Lo19763

³⁶⁷ 2000 년 수탁자법에서 부과하는 관리 의무는 신탁 계약서(the trust instrument)의 배제조항으로 적용을 배제할 수 있다. Trustee Act 2000 SCHEDULE 1 Paragraph 7

는 우리 신탁법은 정면으로 규정하고 있지 않고,³⁶⁸ 이와 관련하여서 아직까지 이를 뚜렷하게 구별하는 판례는 나오지 않았다.

이와 관련한 논의가 많이 이루어지지 않은 이유는 아직 우리 신탁의 사례가 충분히 쌓이지 않은 측면도 있으나, 근본적으로는 영미 신탁과 우리 신탁의 성립범위의 차이³⁶⁹와 각종 법령구조의 차이로 인한 것으로 보인다.

영국 신탁의 경우 신탁으로 포섭되는 법률관계에 대해서는 이를 그 대상 목적의 특징과 위험의 성격에 따라 통합적으로 규정하는 방식을 택하고 있다.³⁷⁰ 반면 우리법은 개별업에 대해서 개별적으로 규제를 하고 있는 개별 규제에 가까운 형태를 취하고 있어서, 수탁자의 종류나 신탁 목적의 특성에 따른 통합적인 규정보다는 자본시장법 등의 개별 규정들의 형태로 규율하고 있는 경우가 대부분이다.³⁷¹ 이러한 개별 규정 방식의 장점도 분명히는 있으나, 만약 어느 개별 규정의 대상에도 해당하지 않는 사안이 발생하였는데 규제의 간극을 메울 수 있는 포괄조항이 없을 경우 수익자의 피해가 가중될 수도 있다.

라. 소결: 관리 의무 기준의 중요성

³⁶⁸ 무상 신탁자에 대해서는 민법 제 695 조에서 규정하고 있는 ‘자기재산과 동일한 주의’로 충분하다는 논의는 존재한다. 이중기, *전제서* 141, 271 면

³⁶⁹ 뒤에서 살펴보겠지만, 영국에서 신탁으로 포섭되는 행위나 영업의 형태 중에 우리법에서 신탁으로 인정되는지 여부가 불투명한 경우가 적지 않다.

³⁷⁰ 예컨대 앞에서 설명한 2000 년 수탁자법과 뒤에서 설명할 CASS 등이 있다.

³⁷¹ 예로는 영업수탁자의 신탁재산에 대한 관리규정인 자본시장법 제 105 조, 제 106 조, 자산유동화에 관한 법률 제 16 조 제 1 항 등이 있다.

관리의무의 규정은 수탁자가 관리의무를 위반하지 않을 유인을 제공해야 하지만, 이와 동시에 수탁자가 ‘적정한 수준의 위험을 인수’하는 것을 막아서는 안 된다. 그리고 이를 위한 기준은 수탁자의 전문성과 신탁자와의 관계, 신탁의 목적에 따라 조금씩 다를 수밖에 없다.

우리 신탁법상의 기준의 문제와 관련하여 어차피 투자 신탁의 대부분은 자본시장법 상의 신탁업자에 대한 규제를 통해서 규정되기 때문에 신탁법 상의 현재의 규정으로 충분하다는 의견이 있을 수는 있다. 그러나 당사자가 명시적으로 신탁의 설정의사를 표시하지 않은 경우의 묵시 신탁이나 자본시장법 상의 신탁업자로 분류되지 않는 경우 등의 신탁 활용의 확대가 이루어질 경우 우리 신탁법의 기존의 논의만으로는 충분하지 않은 상황이 올 수도 있다. 따라서 이에 대해서는 사례의 축적 이전이라도 신탁법의 관련 규정의 개정에 대한 논의도 의미가 있을 것으로 판단된다.

4. 소결: 수탁자 의무의 기능

신탁법은 수탁자에게 의무를 부과함으로써 수익자를 보호한다. 물론 수탁자의 의무에 대한 규정들의 상당수는 임의규정이기 때문에 당사자사적 자치에 의거한 모든 행위를 강제적으로 규율하지는 못하지만, 시장에서의 사적 당사자들간의 거래비용을 낮추어 주는 효과는 있기 때문에 그 존재 가치는 분명히 인정된다.³⁷²

³⁷² 이는 계약주의자적인 관점이나, 직관적으로도 아무런 기본 규정 없이 협상을 하는 것보다는 수정의 대상이라도 있는 경우에 협상의 비용이 축소될 것임을 예상할 수 있다. 회사법에서의 임의규정의 효용에 대한 실증적 연구로는 Listokin, *supra* note 279.

충실의무의 경우 우리 신탁법과 영국 신탁법에서의 원칙 중심의 규제와 위반에 대한 이익반환 등의 구조에 있어서 그 차이가 크지 않다. 앞서 설명하였듯이 이러한 충실의무의 현재 구조는 ‘불완전계약의 보충’과 ‘사전 규제’, ‘위반 유인의 감소’라는 충실의무 규제의 목적 상 불가피한 구조라고도 볼 수 있다.

이러한 충실의무의 존재는 신탁이 민법의 다른 재산관리제도와 구별되는 본질 요소이자 강력한 장점이라고도 볼 수 있다.

충실의무의 존재로 인해서 수탁자는 의무위반의 입증책임과 관련한 비용을 부담하게 되지만, 일반적인 신탁에서 수탁자는 전문성과 이를 기반으로 한 수탁업무의 대가를 지급받기 때문에 이러한 입증책임의 비용전가가 형평을 벗어난다고 보기는 어려울 것이다. 또한 이러한 충실의무의 확장은 본인이 대리인에 대해서 가지는 신뢰를 높일 것이고, 이러한 전체 시장에서의 신뢰 향상의 이익이 대리인들의 입증 부담의 비용을 상회한다면 신탁의 성립을 통한 충실의무의 확장은 경제적으로 모두에게 이익이 된다고 할 수 있을 것이다.³⁷³

그러나 양면적 특성을 가진 관리의무의 경우에는 충실의무와 그 목적이 다르다 할 것이다. 개별적인 신탁의 목적과 특성에 따라서 달라야만 하는 관리의무 기준의 경우에는 충실의무와는 달리 구체적이고 개별적이어야만 그 효용성을 기대할 수 있다. 영국의 경우 수탁자에게 일반적인 신인의무가 아닌, 개별적인 신탁의 특성과 종류에 따른 보다 구체적인 의무를 부과하기 위한 노력을 하고 있다. 반면 우리 신탁법의 경우에는 선관주의 의무와 일부 개별법의 규정들만을 갖추고 있어서, 개별 규정이 없는 수탁자에 대해서는 구체적 사안에서 관리의무의 적용에 문제가 발

³⁷³신인의무에 대한 동지의 논의로 Cooter and Freedman, *supra* note 264. at 1075

생활 가능성이 높다. 이와 관련해서는 향후 수탁자의 성격에 따른 분류 등의 구체적 논의가 필요한 것으로 판단된다.

III . 신탁재산의 독립성

1. 신탁재산의 독립성의 중요성

신탁이 특수한 영미 형평법의 산물이라고 하지만 신탁의 모든 면이 대륙법계에 낯선 것은 아니다. 수탁자에게 부과되는 의무는 기존의 대리·위임·임치 등에서의 수임자들의 의무와 비교했을 때 수용키 어려운 것은 아니다. 그러나 신탁재산의 이전과 도산격리는 그렇지 않다.

대륙법에서 받아들이게 되는 신탁의 가장 큰 특징은 신탁재산이 수탁자에게 이전되어 수탁자가 법적 소유권을 가지게 되지만, 수탁자의 도산으로부터 신탁재산이 격리되고, 수탁자의 고유재산으로부터 분리된다는 것이다. 이는 앞서 설명하였듯이 신탁의 중요한 정의 요소로 인식되어 있고,³⁷⁴ 다른 재산관리 제도와 비교하여 재산 보호의 측면에서 신탁의 강력한 장점이 된다.³⁷⁵ 또한, 신탁재산의 독립성은 신탁의 본질 요소인 ‘수익자의 물권적 이익’의 핵심적인 내용에 해당한다.

신탁재산의 독립성은 신탁을 계약으로 분석하는 접근 방법에 많은 어려움을 야기한다. 수탁자가 도산하는 경우, 신탁재산의 독립성은 계약의 당사자가 아닌 수탁자의 일반 채권자들에게 영향을 끼치며, 이러한 관점

³⁷⁴ LUPOL, *supra* note 45. at 270-271

³⁷⁵ 영미의 기준으로도 신탁은 다른 법적 제도에 비해서 재산 보호에 있어서 많은 장점을 가지고 있다. GARTON ET AL., *supra* note 3. at 4

에서 신탁은 일반적인 계약으로부터 구별된다.³⁷⁶ 그러나 앞서 설명하였듯이 신탁법을 조직법으로 보는 측면에서는 신탁재산의 독립성은 신탁이 주식회사와 같은 조직으로서 작동하기 위한 필수조건이다. 특히나 법인격이 있는 주식회사 등과는 달리 신탁의 경우에는 대상 재산을 수탁자의 명의로 할 수밖에 없기 때문에 대상 재산의 보다 강력한 독립성을 요구하게 된다.³⁷⁷

2. 신탁재산 도산격리

가. 도산 격리의 근거에 대한 논의

영미 신탁에서 신탁재산이 수탁자의 도산으로부터 격리되는 것은 근본적으로 수익자가 신탁재산에 대한 형평법상의 소유권인 대물적인 권리(proprietary right)를 가지고 있기 때문이다. 이러한 수익자의 권리의 간섭으로 인해서 수탁자의 소유권은 제한을 받게 되는 것이다. 즉 신탁재

³⁷⁶ 동지의 논의로 Lau 는 신탁의 수익자는 일반적인 제 3 자를 위한 계약의 수익자와는 달리 계약의 당사자가 아닌 일반채권자들에게 영향을 끼치는 권리들을 가지고 있고, 이러한 점에서 신탁을 계약으로 보아서는 안 된다고 설명하고 있다. LAU, *supra* note 251. at 25; 그러나 Langbein 은 계약을 통해서도 비슷한 효과를 만들 수 있기 때문에, 신탁 재산의 독립성을 이유로 신탁이 계약이 아니라고 할 수는 없다고 주장하고 있다. Langbein, *supra* note 260. at 667-669

³⁷⁷ Sitkoff, *supra* note 262. at 434-435

산이 ‘독립’되었기 때문에 아니라, 애당초 수탁자의 것이 아니기 때문에 수탁자의 일반채권자를 위한 책임 재산에 속하지 않는 것이다.^{378, 379}

Hudson 은 이렇게 신탁이 수익자를 수탁자의 도산으로부터 보호해주는 역할을 하는 이유를 다음과 같이 설명한다. 즉 수탁자는 수익자의 수익을 위해서(trust for the beneficiaries beneficially) 신탁으로서 신탁 재산을 보관하는 것이므로, 수탁자는 애당초 자신의 채권자에게 넘겨줄 수 있는 수익권(beneficial right)을 가지고 있지 못하기 때문이라고 설명하고 있다.³⁸⁰

위와 같은 논의를 우리법에서도 적용할 수 있는가에 대해서는 그동안 적지 않은 논의가 있어왔다. 특히 수익자의 신탁재산에 대한 권리가 채권인지, 물권인지, 물권적 성질을 가진 채권인지에 따라서, 신탁재산의 도산격리의 근거가 달라지는 문제와 관련하여 심도 있는 논의가 진행되어 왔다.³⁸¹

그러나 위와 같은 논의는 별개로 하고 일단 우리 신탁법이 법률의 규정을 통해서 신탁재산의 독립성을 규정하고 있기 때문에 신탁 성립의 효과로 신탁재산의 도산격리를 인정하는 것에는 아무런 문제가 없다.

³⁷⁸ 동지의 논의로는 이계정, *전제논문* 90. 176 면

³⁷⁹ 따라서 영미의 주요 문헌에서는 일본과 한국 문헌에서 자주 나타나는 ‘신탁 재산의 독립성’이라는 문구와 같은 의미에 해당하는 문구는 잘 나타나지 않는다.

³⁸⁰ HUDSON, *supra* note 3. p81

³⁸¹ 신탁의 본질과 신탁재산의 독립성의 관계에 대한 논의는 본 연구에서는 다루지 않도록 한다. 이계정은 수익자의 수익권을 ‘물권화된 채권’으로 보아 수탁자의 소유권은 물권화된 수익권에 의하여 제한을 받으므로, 수탁자의 고유채권자도 물권화된 수익권을 존중해야 한다고 한다. 따라서 수탁자의 고유채권자는 신탁재산에 강제집행을 할 수 없으며 수탁자가 파산하더라도 신탁재산은 파산 재단을 구성하지 않는 것이 원칙이라고 한다. 이계정, *전제논문* 90. 198-203 면

나. 우리 신탁법의 신탁재산의 독립성에 대한 규정

신탁법 제 22 조 본문은 신탁재산에 대한 강제집행의 금지를 규정하고 있고, 단서에서 신탁 이전의 원인으로 발생한 권리 또는 신탁사무의 처리상 발생한 권리에 기한 경우에 대한 예외만을 인정하고 있다.

위탁자의 채권자의 입장에서는 상기 규정이 아니더라도, 위탁자가 수탁자에게 신탁재산을 이전 또는 처분한 것이기 때문에 ³⁸² 원칙적으로 위탁자의 재산이 아닌 타인에게 속한 신탁재산에 대해서 강제집행을 할 수는 없다.³⁸³ 이는 수익자의 채권자 입장에서도 마찬가지이다. 수익자는 신탁

³⁸² 안성포는 이에 대해서, “구체적으로 신탁설정에 의한 재산의 이전이 위탁자의 지배로부터 완전히 이탈하는 실질적인 이전이어야 할 것이다. 예컨대 위탁자가 신탁재산으로부터의 수익의 내용 등을 통제할 수 있는 지시권 또는 신탁재산을 수탁자로부터 언제든지 되찾을 수 있는 철회권을 유보하고, 위탁자 자신이 신탁재산으로부터의 이익을 향수하고 있는 경우에는 실질적으로 볼 때 신탁재산은 여전히 위탁자의 지배영역 내에 머물러 있다고 해석되므로, 이러한 신탁에도 산격리기능을 인정할 수는 없다.”라고 하였다. 안성포, *supra* note 262. 71-72 면

이에 대해 수탁자에 대한 신탁재산의 ‘진정 이전’이 이루어져야만 신탁의 성립 효과가 발생한다는 취지에 있어서는 동의하지만, 위와 같은 주장이 의미가 위탁자의 지시권 등이 존재하는 경우 신탁이 성립되지 않는다는 것인지 아니면 성립은 하지만 도산격리만 이루어지지 않는다는 것인지 명확하지 않다. 또한 현재 미국 신탁의 발전 방향과 우리 나라에서의 지시형 금전 투자신탁과 일부 수동형 성격을 가진 신탁 등의 금융 투자 수단으로서의 신탁의 발전 방향을 볼 때 위탁자의 지시권이 ‘어느 정도’까지 있을 때부터 ‘위탁자의 지배영역 내에 머물러 있는 것’으로 보아 신탁의 성립이 문제가 되는지도 논해볼 필요가 있다. 또한 위탁자가 수익자를 겸하는 구조에서도 위와 같은 논의가 동일한 방식으로 이루어질 수 있는지에 대해서는 향후 더 검토가 필요한 것으로 보인다.

³⁸³ 위탁자의 채권자는 위탁자의 신탁설정이 사해신탁에 해당하는 경우 신탁법 제 8 조를 통해 사해신탁을 주장할 수 있다. 이 경우 사해신탁을 취소한 후에

재산에 대한 수익권을 가지고 있을 뿐, 신탁재산 자체는 수탁자에게 속하는 것이기 때문에 수익자의 채권자는 수익권이 아닌 신탁재산에 대해서는 강제집행을 할 수 없다.

하지만 수탁자의 채권자 입장에서는 신탁재산의 명의는 수탁자에게 속하는 것이기 때문에 신탁법 제 22조가 없었다면 신탁재산에 대한 강제집행을 금지하는 뚜렷한 근거는 없는 것으로 판단할 수도 있다. 따라서 신탁법 제 22조는 그 실질적 의미에 있어서 수탁자의 일반채권자의 신탁재산에 대한 강제집행을 금지하는 규정으로서 그 의미가 가장 크다고 보아야 할 것이다.

이와 같은 취지로 동법 제 24 조에는 신탁재산은 수탁자의 파산재단, 회생절차의 관리인이 관리 및 처분 권한을 갖고 있는 채무자의 재산이나 개인회생재단을 구성하지 아니한다고 규정하고 있다. 또한 제 23 조에서는 신탁재산은 수탁자의 상속재산에 속하지 아니하며, 수탁자의 이혼에 따른 재산분할의 대상이 되지 아니한다고 규정하고 있다.

회복재산을 확보하기 위해 강제집행을 하는 것은 더 이상 신탁재산에 대한 강제집행이 아니므로 ‘신탁재산에 대한 강제집행’에는 해당하지 않는다. *Id.* 29 면; 개정 신탁법과 구신탁법에서의 사해신탁 취소와 민법 제 406 조의 채권자 취소의 관계에 대한 논의로는 안성포, *supra* note 148. 75-78 면; 이에 대해, 수익자 취소권과 채권자 취소권은 1) 거래상대방의 주관적 요건 2) 재판상 행사 요구 여부 3) 사해행위 시기 제한 4) 무자력 요건 여부 5) 행사기간 등에서 차이가 있고, 근본적으로 “수익자에게 별도의 취소권을 인정하는 논거는 기본적으로 수익자에게 잔여지분권자(residual claimant)로서의 성격이 있기 때문이며, 회사관계로 비유하자면 수익자 취소권은 회사 주주의 지위에 기한 것이라고 할 수 있고, 채권자 취소권은 회사 채권자의 지위에 터잡은 것이라 할 수 있기” 때문에 다르게 봐야 한다는 주장으로 노혁준, 수탁자 의무위반 행위의 사법적 효력과 수익자 취소권, 17 증권법연구 49-92 (2016). 73-75 면

위와 같은 규정들은 영미 신탁의 판례들에서 인정되어 온 신탁재산의 도산격리와 관련된 내용들을 거의 동일하게 포함하고 있는 것으로 평가할 수 있다.

다. 도산격리의 의의

(1) 독립재산체 기능

신탁재산의 독립성은 일반 신탁 보다는 상행위와 금융 신탁에 있어서 보다 큰 의미를 가지고, 대륙법계에서만 중요한 것이 아니라 영미에서도 마찬가지로의 중요성을 가지고 있다.

전문화된 상행위 신탁에 있어서 수탁자의 의무의 많은 부분은 당사자간의 신탁 조건에 의해서 달라질 수 있다는 점을 감안하면, 신탁 재산의 도산격리야말로 모든 신탁에 공통되는 본질이자, 신탁 이용의 주목적이 라고 볼 수도 있다.

신탁재산의 도산격리를 바탕으로 금융신탁에 있어서는 신탁을 도관(conduit)으로 사용하는 기법이 활용되며,³⁸⁴ 조직법적 차원에서는 신탁 재산의 독립재산체 성격을 통해 주식회사를 대신하는 방안도 검토가 가능하기 때문이다.^{385,386}

³⁸⁴ 이와 관련해서 사채원리금 지급대행계약 사건(대법원 2002. 7. 26. 선고 2000 다 17070 판결)에서 사채원리금 지급대행계약의 취지 측면에서 신탁의 성립에 대한 검토도 가능하다.

³⁸⁵ 이에 대한 자세한 논의로는 노혁준, *전제논문* 262.; Sitkoff, *supra* note 262.

³⁸⁶ 주의할 점은 신탁은 법인격을 가지고 있지는 않다는 것이다. 신탁은 그 자체의 이름으로 소송을 하거나 거래를 할 수는 없고, 이는 수탁자에 의해야만 한다. DUKEMINIER AND SITKOFF, *supra* note 107. at 394

신탁 재산의 독립재산체적 성격은 특히 대륙법계 국가인 우리 법제에서는 보다 큰 의미를 가지게 된다. 분리된 목적재산체(*Separate Patrimony*)라는 개념을 가진 스코틀랜드, 캐나다의 퀘벡주, 남아프리카 공화국과는 달리 우리 법제에서는 신탁을 제외하면 재산체가 독립적 성격을 가지기 위한 방법은 등기를 통한 법인화 밖에는 없기 때문이다. 따라서 신탁재산의 도산격리는 우리법의 사업체의 구조에 있어서 보다 다양한 가능성을 열어줄 수도 있다.³⁸⁷

(2) 도산격리와 감시 비용

대상 재산이 수탁자에게 이전되어 있는 것은 위탁자(수익자)에게 큰 위험이 되고 수탁자에게 이를 주의해서 관리할 의무를 부과하는 것만으로는 모든 위험이 제거되지는 않는다.

수탁자가 신탁재산을 수익자를 위해서만 사용하게 하는 것과 동시에 수탁자의 도산 등의 신용위험으로부터 신탁재산이 격리될 수 있어야만 수익자의 위험이 줄어든다. 이러한 격리는 위탁자(수익자)가 수탁자의 의무 위반이나 신용위험을 감시하는 비용을 축소시켜 준다. 또한 수탁자와 신탁재산의 운용 과정에서 거래하는 신탁재산에 대한 채권자들도 신탁재산의 독립으로 자신들이 수탁자의 일반채권자나 위탁자의 일반채권자에 비하여 신탁재산으로부터 우선하여 변제를 받을 수 있다는 점에 의해 감시 비용을 줄일 수 있다.³⁸⁸ 그리고 신탁의 설정을 위한 계약 단계에서도 수탁자가 될 상대방의 신용위험을 확인할 필요성을 축소시켜서 거래

³⁸⁷ 그러나 법인의 경우에는 등기를 통해서 공증화될 수 있지만, 등기할 수 없는 신탁재산의 경우에는 거래당사자의 보호가 문제된다. 이는 다시 신탁재산의 분별관리의 중요성으로 연결된다.

³⁸⁸ 이는 조직법에서 대상 재산의 독립성의 주요한 효과 중의 하나이다.

Hansmann and Kraakman, *supra* note 262. at 424

비용을 줄이는 효과가 있고, 이를 통해 신탁이 보다 쉽게 이용될 수 있게 할 수 있다.

즉 신탁의 도산격리는 일반적인 신탁 계약의 당사자 사이에서는 비용의 부과없이 감시비용과 거래비용 축소의 이익이 있는 것으로 볼 수 있다.³⁸⁹ 따라서 이는 거대 금융기관에서 제공하는 대량의 표준화된 신탁 상품에서 뿐만이 아니라 작은 규모의 당사자간 일회성 거래의 활성화에 있어서도 큰 의미가 있다. 다만 당사자들의 일반 채권자와의 관계에서는 형평성의 문제가 제기될 수밖에 없고, 이에 대한 객관적인 기준이 없을 경우에는 신탁의 당사자가 제 3자인 일반채권자에 대한 비용 전가를 통해서 감시비용 절감이익을 얻는 구조가 야기될 수도 있다. 이는 특히 묵시 의사신탁에서 더 큰 문제가 된다.

(3) 제 3 자로의 비용 전가 문제

현대 상거래에 있어서 신탁의 성립으로 수탁자가 얻는 가장 큰 이익은 수탁자의 파산으로부터 신탁재산이 격리되어 얻게 되는 신탁재산의 보호라고 볼 수 있다.³⁹⁰

신탁의 성립 여부나 신탁재산의 범위가 문제가 되는 대부분의 사례는 수탁자나 위탁자가 도산하는 경우이고, 이러한 도산으로부터 신탁재산이 격리되는 것은 수탁자의 입장에서는 가장 근본적인 보호 장치로서 의미가 있다.

그러나 수탁자의 도산 상황에서 수익자에게 유리한 지위라는 것은 다른 당사자들에게는 불리함으로 작용할 여지가 높다. 신탁이 성립되고 부

³⁸⁹ 물론 수탁자가 위탁자의 일반 채권자의 자격으로 신탁재산에서 자신의 채권의 만족을 얻으려는 경우는 존재한다.

³⁹⁰ SWADLING, *supra* note 201. p467

과된다는 것은 기존 당사자들의 권리 관계에 신탁의 성립으로 인한 변화가 있게 된다는 의미이며, 특히 신탁의 당사자들과 일반채권자들의 관계에서 책임재산 상의 심각한 변화가 발생하게 된다.

- ① 丙이 甲에게 자신의 자산 Y 를 맡겨 두었는데 이러한 위탁 행위가 신탁으로 인정될 경우 丙의 일반채권자의 입장에서는 자산 Y 만큼의 丙의 책임 재산이 줄어드는 것이 된다.
- ② 甲이 소유하고 있는 자산 X 가 특정 목적을 위한 신탁 재산으로 인정(신탁이 성립 또는 부과)되면 수탁자가 된 甲의 보유하고 있던 자산 X 는 신탁재산이 되어서 甲의 고유재산으로부터 분리되어, 甲의 일반 채권자는 자산 X 에 대한 권리를 주장할 수 없게 된다.
- ③ 甲과 자산 X 에 대해서 계약을 체결했던 乙은 이 계약 관계가 신탁이 될 경우 甲의 도산 상황에서 다른 일반채권자들에 대해서 우위에 선다.

즉 신탁의 도산격리 기능은 신탁 계약 당사자의 감시 비용과 거래 비용을 축소시켜주지만, 상황에 따라서는 이러한 계약 당사자가 지불했어야 하는 비용, 특히 수익자가 부담했어야 하는 수탁자의 신용위험으로 인한 위험의 일부가 계약의 당사자가 아닌 당사자들의 일반채권자들에게 전가되는 경우가 있을 수 있다.

위와 같은 각 당사자들의 입장 차이와 관련하여, 일찍이 Maitland 도 신탁에서는 수탁자의 채권자들의 희생을 바탕으로 수익자가 보호받는 경향이 있다는 점을 확인해 주었다., 이러한 ‘일반 채권자에 대한 신탁 수익자의 과도한 우월성’ 문제는 상사 신탁을 중심으로 신탁을 도입하는 대륙법계 국가에서 도입 단계부터 항상 가장 우려하는 부분이었다.³⁹¹

³⁹¹ QUE ANH HA, *supra* note 49. at 15

라. 소결: 묵시 의사신탁에서의 문제.

‘수익자에 대한 우월한 보호’는 당사자들이 처음부터 신탁을 의도했던 경우보다는 ① 해당 관계/행위가 신탁인지 아닌지 불투명한 경우(묵시 의사신탁)와 ② 당사자가 의도하지 않았으나, 법이나 법원의 판단에 의해서 신탁이 부과되는 경우(의제신탁)에 더 심각한 문제가 된다.^{392, 393}

신탁의 성립을 예상하지 못했던 일반 채권자들은 신탁이 성립될 경우 불측의 손해를 입을 수 있을 수 있고, 신탁이었다고 믿었던 매수인이나 위탁자는 신탁이 성립하지 않을 경우 대상 자산이 일반 채권자들을 위한 책임재산으로 흡수되는 손해를 입을 수 있기 때문이다.

이를 나누어서 살펴보면, 우선 의제신탁의 경우에는 우리법 체계에서는 인정되기 어렵고, 다만 일부 의제신탁 사례의 경우에는 제정법 신탁의 형태로 도입하는 것을 검토할 수 있을 것이다. 따라서 우리 신탁법에서 의제신탁의 성립으로 인해서 당사자간의 권리 관계의 변화가 생기는 경우는 상정하기 어렵다.

그러나 묵시 의사신탁의 경우에는 그 성립이 인정될 가능성이 있기 때문에 검토의 필요성이 인정된다.

³⁹² 미국의 부당이득에 대한 의제신탁의 수익자 보호의 정당성과 관련해서, 제 3자인 다른 채권자들이 이익을 얻는 것도 형평에 어긋난다는 취지의 주장으로는 Emily L. Sherwin, *Constructive Trusts in Bankruptcy*, 1989 UNIV. ILL. LAW REV. 297-366 (1989); 신탁이 필요없는 상황에서도 의제신탁이 성립하는 것에 대한 비판으로는 SWADLING, *supra* note 170.

³⁹³ 의제신탁과 복귀신탁의 경우에는 당사자들이 도산격리에 대한 합의나 대가를 지불한 것이 아니기 때문에 논란의 여지가 더 많다. ‘WORTHINGTON, *supra* note 124. at 72

목시 의사신탁의 경우 신탁재산의 독립성의 사회적 편익을 수식으로 표시하면 이하와 같다.

$$\text{신탁재산 독립성의 사회적 편익} = ([\text{대리인·거래비용 축소 효과}]) - ([\text{수탁자의 비용}] + [\text{일반채권자의 비용}])$$

신탁으로 판단됨으로 인한 수탁자의 비용은 계약의 당사자이자 전문가인 수탁자가 감당해야하는 부분이기 때문에 전체 사회적 편익에서 감안할 필요성은 높지 않은 것으로 판단된다. 그러나 일반채권자의 경우에는 다르다. 해당 법률관계가 신탁으로 성질결정됨으로 인한 일반채권자의 피해액은 [담보재산] x [기대가능성]으로 계산할 수 있다. 기대가능성이 높을수록 피해액은 커지기 때문에, 기대가능성이 높았던 상황, 즉 신탁이 성립할 가능성을 전혀 인지하지 어려웠던 상황에서는 일반채권자의 비용(피해액)은 커진다. 따라서 ‘신탁이 성립할 가능성을 전혀 인지하지 어려웠던 상황’에서는 일반채권자를 보호할 필요가 있고, 이에 대해 우리 신탁법에는 제 4 조의 제 3 자 보호 규정이 있다. 그리고 목시 신탁의 객관적 지표도 신탁재산의 특성과 연관되어 있다.

따라서 목시 신탁의 의의에 대한 검토는 ① 우선 목시 의사신탁이 우리 신탁법에도 인정될 수 있는지, ② 목시 의사신탁이 우리 법체계에서도 필요한지와 ③ 이러한 목시 의사신탁의 성립 대상과 요건이 당사자와 그 일반 채권자들에게 충분한 예측 가능성을 제공할 만큼 한정될 수 있는 것인지를 중심으로 이루어져야 할 것이다.³⁹⁴

3. 추급권: 기능과 우리 신탁법 상의 한계

³⁹⁴ 이는 제 6 장에서 설명하도록 한다.

가. 추급권(tracing)의 정의와 기능

신탁재산의 도산격리가 인정된다고 하더라도, 신탁재산의 부정한 처분을 통한 이탈을 막을 수 없으면 신탁재산 독립성의 실질적 유효성이 유지되기 어렵다.

형평법은 당사자의 원래 권리의 대물적 지위(proprietary status)를 연장 또는 확장시켜 주는 다양한 전략을 발전시켜 왔다. 이러한 형평법의 수단(These Equitable techniques) 중 추급권은 ³⁹⁵ 신탁재산의 부정한 처분과 이탈에 대한 구제와 방지의 수단으로서 ³⁹⁶ 신탁재산 독립의 실효성에 있어서 중요한 역할을 담당하고 있다.³⁹⁷

또한 추급권은 충실의무 규제의 보충적인 역할도 한다. 수탁자가 무자력인 상태에서 제 3 자의 이익을 위해서 신탁재산을 처분할 경우 추급권이 인정되지 않는다면 수탁자가 의무를 위반할 유인을 감소시킬 수가 없기 때문이다.

추급권을 신탁에서의 경우로 한정하여 살펴보자. 수탁자 甲이 제 3자인 거래상대방 乙에게 신탁재산인 A를 처분하여 그 대가로 B를 취득하였을 때, 제 3자인 乙에게 처분된 A(original property)를 여전히 신탁재산

³⁹⁵ 오해해서는 안 되는 점은 보통법 또한 보통법 특유의 추급권(tracing)을 갖고 있다고 하는 점이다. 다만 혼합물에 대한 추급이 안되는 등의 차이점이 있다.

WORTHINGTON, *supra* note 124. at 98 footnote 24

³⁹⁶ 형평법은 수탁자의 의무위반에 대한 대응으로 대체물추급권을 발전시켜 왔다고 한다. *Id.* at 98

³⁹⁷ “형평법상의 추급권은 신탁재산의 보존과 신탁재산의 범위의 확대에 기여함으로써 신탁재산의 독립성의 효용을 제고하는 중요한 구제수단으로 인정되었다고 볼 수 있다.” 이계정, *전제논문* 196. 121면

으로 인식(확인, identify)하는 것을 원물추급(following³⁹⁸)이라고 한다.^{399 400} 한편 수탁자인 甲이 보유한 B(substitute property)를 신탁재산으로 인식하는 것을 대체물추급(tracing)이라고 하며, 이러한 재산의 인식을 바탕으로 한 권리주장(claiming)을 각각 원물추급권, 대체물추급권이라 할 수 있다.^{401, 402}

이러한 수탁자의 관리를 벗어난 신탁재산 원물에 대한 원물추급권은 신탁재산의 ‘연장’으로, 그리고 기존 신탁재산의 처분 대가를 신탁재산으로 인지하는 것은 신탁재산의 ‘확장’으로 볼 수 있을 것이다.

추급권, 즉 처분된 재산이나 대체 재산을 추급을 통해 신탁 재산으로 인식하는 방식의 가장 중요한 실무적 효과는 다음과 같다. ① 대상 재산에 관해서 다른 일반 채권자에 대한 우선권을 획득할 수 있고(일반 채권자에 대한 우선권), ② 대체물추급권의 경우 관리자가 신탁 재산의 처분을 통해서 얻은 추가 이익을 신탁재산으로 인식하여 추가이익을 환수할

³⁹⁸ 영국 문헌에서는 일반적으로 구별을 위해 원물추급권은 ‘following’, 대체물추급권은 ‘tracing’이라고 표시하기도 하지만, 추급권 ‘tracing’이라는 단어가 상기 두 의미를 모두 포함하여 설명하는 용어로 사용되는 경우가 많다. 예로는 HUDSON, *supra* note 3.

³⁹⁹ LIONEL D. SMITH, THE LAW OF TRACING (1997). at 67-68

⁴⁰⁰ Lord Millett 은 ‘원물추급(following)은 타인에서 타인으로 이전된 같은 재산을 쫓아가는(following) 것이고, 대체물추급(tracing)은 원물의 대체물(substitute)을 새로운 자산으로 인식하는 것’이라고 설명하고 있다. Foskett v McKeown [2001] 1 AC 102. HUDSON, *supra* note 3. at 849

⁴⁰¹ 원물추급과 대체물추급은 재산에 대한 권리의 확인일 뿐이지 그 자체로서 구제수단(remedy)이라고 할 수는 없다. 이러한 재산의 인식과 확인을 근거로 한 권리주장(claim)을 통해서 구제가 실제로 이루어지는 것이다. *Id.* at 852-853

⁴⁰² 이계정, *전제논문* 196. 116 면

수 있게 하고(추가이익 환수) 이를 통해 관리자의 일탈의 유인을 감소시킬 수 있다.⁴⁰³

나. 형평법상 추급권과 보통법상 추급권

추급권은 형평법만의 구제 수단이 아니고, 보통법 또한 보통법상의 추급권을 가지고 있다. 다만 추급 대상 재산의 범위와 요건, 특히 대상 재산이 자금인 경우에 결정적인 차이가 있다.

앞서 설명한 추급권의 효과 중 대체물추급권의 추가이익환수는 대상 재산의 특성이나 성질에 상관없이 발생하는 효과이다. 그러나 가장 중요한 효과인 일반채권자에 대한 우선권은 대상 재산의 특정물 여부, 금전 여부에 따라 형평법과 보통법 간에 추급권에서 그 효과 발생이 달라지게 된다.

보통법상의 추급권을 주장하기 위해서는 대상 재산이 원래 자신에게 속한 재산이었음을 보여주어야 하고, 이와 함께 대상 재산이 다른 재산과 혼합되지 않고 분별 인식이 가능할 것(identifiable)을 가장 중요한 요건으로 하고 있다.

이는 특히 비대체 재산인 자금과 관련하여 중요한 의미를 가지는데, 이와 관련한 판례들에 따르면 대상 재산인 화폐가 다른 화폐와 혼화될 경우 이에 대한 분별 인식이 되지 않아서 보통법상 추급이 어렵다고 한다. 반면 만약 자금이 서로 다른 계좌 간의 전신환(telegraphic transfers) 방식으로 이체되는 경우 이는 자산(property)의 이전이 아니라 계좌간 가치의 조정일 뿐이며,⁴⁰⁴ 계좌에 이체된 자금은 무형자산(intangible

⁴⁰³ 우리 민법의 불법행위부당이득의 법리로는 실손해액만을 반환 받을 수 있다는 것이 통설이기 때문에, 이에 대한 대응으로 초과수익도 반환 받을 수 있는 준사무관리 이론에 대한 논의가 있다. 지원림, *전개서* 74. at 747-748

⁴⁰⁴ R v Preddy [1996] AC 815

asset)의 형태이기 때문에 이에 대해서는 분별 인식(identify)이 가능하지 않아서 보통법상의 추급이 가능하지 않다고 한다.⁴⁰⁵ 하지만 만약 이 채된 계좌에 다른 자금이 들어있지 않고 혼합되지 않아서 분별 인식이 가능하다면 이에 대해서는 보통법상의 추급이 가능하다고 한다.⁴⁰⁶

이를 판례를 통해 설명하자면, 로펌의 파트너 甲이 클라이언트 회사가 맡긴 자금을 유용하여 카지노에서 사용한 경우, 카지노에 甲 명의의 분리된 계좌에 보관되어 있던 자금은 원래 로펌에서 보관하고 있던 자금과 동일하게 인정되어 보통법상의 추급이 인정된다.⁴⁰⁷ 반면 회계사가 고객의 자금을 빼돌리고 이를 분산하여 유령회사들의 계좌에 입금하는 방법으로 다른 자금들과 다른 외국환들과 섞이게 하여 다시 다른 회사로 자금을 빼돌린 후 중간의 유령회사들을 도산시키는 방식의 ‘자금 세탁’(laundering)을 한 경우에는 대상 자금을 분별 인식할 수 없어서 보통법상의 추급이 가능하지 않다고 판시하였다.⁴⁰⁸

이와는 달리 형평법상의 추급권은 권리 주장자가 대상 재산에 대한 형평법적 이익(equitable interest)이 있다면 대상 재산인 자금이 다른 계좌에 입금되어 다른 자금과 혼합되더라도 이에 대한 추급을 인정하고 있다. 이는 보통법상의 추급권에 대비하여 가장 구별되는 형평법상의 추급

⁴⁰⁵ El Ajou v Dollar Land Holdings [1993] 3 All ER 717.; Nimmo v Westpac Banking Corporation [1993] 3 NZLR 218; Bank Tejarat v Hong Kong and Shanghai Banking Corporation (CI) Ltd [1995] 1 Lloyd's Rep 239. HUDSON, *supra* note 3. at 854 footnote60

⁴⁰⁶ *Id.* at 855-856

⁴⁰⁷ Lipkin Gorman v Karpnale, [1991] 2 AC 548.

⁴⁰⁸ Agip (Africa) v Jackson, [1991] Ch 547, 566; [1991] 3 WLR 116; [1992] 4 All ER 451. HUDSON, *supra* note 3. at 853-854

권의 특징이다.⁴⁰⁹ 즉 신탁과 관련하여 설명하자면 영미 신탁에서의 수탁자는 신탁재산에 대한 형평법적 이익이 있기 때문에, 수탁자 신탁재산인 자금을 악의의 수령인에게 처분한 결과 대상 자금이 악의 수령인 계좌의 다른 자금과 혼화되더라도 수령인의 계좌에 있는 자금에 대해서 형평법상 추급을 할 수 있다는 것이다.⁴¹⁰

다. 우리 신탁법에서의 추급권의 한계

우리 신탁법도 위에서 설명한 추급권의 기능에 해당하는 규정들을 갖추고 있다. 가장 중요한 것으로는 신탁법 제 75 조의 수익자취소권은 신탁의무를 위반한 수탁자의 신탁재산 처분의 상대방이나 전득자(轉得者)를 상대로 해당 법률행위를 취소하여, 결과적으로 처분된 신탁재산 원물을 추급할 수 있게 하고 있으며,^{411, 412} 신탁법 제 27 조를 통해 수탁자가 신

⁴⁰⁹ 동지의 논의로 “보통법 또한 보통법 특유의 추급권(tracing)을 갖추고 있다. 다만 혼합물에 대한 추급이 안 되는 결정적인 차이가 있다.” WORTHINGTON, *supra* note 124. at 98 footnote24; HUDSON, *supra* note 3. at 860-861

⁴¹⁰ 위와 같은 보통법상 추급권의 한계로 인해서 수탁자를 포함한 신인의무자의 자금 세탁 등으로부터 원래의 재산 귀속자의 피해를 막을 수 없는 문제가 있기 때문에, 이와 관련해서 자금과 관련한 보통법상의 구제수단에 대해서는 형평법상 구제수단과의 비교적 관점에서 조정이 필요하다는 논의가 일부 학계와 법원에서 이루어지고 있다. 예로는 Millett J in *Agip (Africa) v Jackson* HUDSON, *supra* note 3. at 855

⁴¹¹ 수익자취소권에 대한 자세한 논의는 해당부분에서 다루도록 한다.

⁴¹² 동지의 논의로 “우리 법상 수익자취소권은 형평법상의 추급권과는 달리 수탁자의 신탁위반 법률행위를 취소할 권한만을 부여한다는 점에서 소극적인 면이 있지만, 그 기본취지나 이론적 근거는 앞서 본 형평법상의 추급권의 맥락과 맞닿아 있다고 평가할 수 있다.” 이계정, *전제논문* 196. 134 면

탁재산을 처분하여 얻은 자산을 신탁재산에 속하게 하여, 신탁재산의 대체물에 대한 추급을 가능하게 하고 있다.

그러나 상기 규정들은 금전에 대한 우리 민법의 규정들로 인하여 영미 신탁에서 적용되는 형평법상의 추급보다는 보통법상의 추급에 보다 가까운 형태를 취하고 있다.

금전의 소유권에 대한 우리 민법의 통설적인 견해는 ‘금전의 점유가 있는 곳에 소유가 있다는’ 통칭 ‘금전 도그마’를 따르고 있으며,⁴¹³ 장부(계좌)상의 자금에 대해서는 예금을 기초로 한 청구권만을 가질 수 있다고 한다.⁴¹⁴

이러한 금전과 관련한 민법의 규정들은 앞서 설명한 영국 신탁의 형평법적 추급권과 충돌하여 우리 신탁법의 여러 부분에서 의문을 야기하고 있다.

일반 채권자에 대한 우선권	대체물 화폐		대체물 계좌입금		원물 화폐		원물 계좌입금	
	비혼화	혼화	독립계좌	비독립	비혼화	혼화	독립계좌	비독립
형평법추급	가능	가능	가능	가능	가능	가능	가능	가능
보통법추급	가능	불가	가능	불가	가능	불가	가능	불가
우리신탁법	△	불가	△	불가	불가	불가	불가	불가

우선 수탁자가 신탁의무를 위반하여 신탁재산을 처분하여 화폐를 취득하였을 경우 앞서 설명한 금전 도그마가 신탁법 제 27 조에 앞선다. 예외

⁴¹³ 곽윤직, 물권법 (2008). 지원립, *전제서* 74. 1127-1128 면 이에 대한 자세한 정리로는 최준규, *supra* note 174. 95-102 면

⁴¹⁴ 대법원 1988. 11. 8. 선고 85 다카 1548 판결은 예금구좌 상에 자금에 대해서는 채권적 청구만이 가능하다는 것을 전제로 “심홍▲이 원고회사의 판매대금 등을 빼돌려 은행의 비밀예금구좌에 예금하였다가 그중 일부를 현금화하여 그 예금통장과 현금 등을 소지하고 있었다면 그 예금이나 현금의 소유권은 소외 심홍▲에게 있는 것이라 할 것이다”라고 판결하였다.; 최수정, 민법상 금전의 개념과 금전채권의 특징, 10 비교사법. 9 면

적으로 수탁자가 해당 화폐를 신탁을 목적으로 분별 관리하지 않았다면, 해당 화폐는 수탁자의 점유로 수탁자의 소유에 속하게 되고 수익자는 수탁자에 대해서 부당이득반환 채권만을 가지게 된다.^{415, 416}

또한 수탁자가 신탁 의무를 위반하여 신탁재산을 처분하여 매각대금을 획득한 경우 이는 신탁법 제 27 조에 의해서 신탁재산이 된다. 그러나 해당 매각대금을 수탁자 자신의 계좌에 이체하게 될 경우 매각대금은 수탁자의 고유재산이 되고 이는 신탁법 제 34 조 제 1 항 제 1 호의 ‘신탁재산을 고유재산으로 하거나 신탁재산에 관한 권리를 고유재산에 귀속시키는 행위’에 해당하게 된다. 이에 따라 수탁자는 신탁법 제 43 조 제 3 항⁴¹⁷

⁴¹⁵ ‘금전의 소유자가 그 의사에 기하지 아니하고 그 점유를 상실한 경우 등에
는, 해당 금전이 다른 금전과 혼화된 경우라도 그 가치가 동일성을 가진 형태로
점유자의 재산 안에 남아 있는 한 제 3 자에게 반환을 구할 수 있는 권리’인 가
치반환청구권을 인정하면 (수령인의) 선의의 채권자들을 해할 우려가 있으므로
인정되어서는 안 된다는 주장으로 이계정, *전제논문* 196. 133 면

⁴¹⁶ 이에 대해 이중기는 수탁자가 신탁재산인 금전을 점유하고 있더라도 신탁재
산을 분별관리해야 하고(30 조), 신탁의 이익을 향유할 수 없으며(제 29 조) 신탁
재산을 고유재산으로 할 수 없고(제 31 조) 수탁자의 점유는 ‘수탁자로서의 점
유’이므로 신탁의 대내관계에서는 금전의 점유는 소유의 권원이 될 수 없다고
한다. 이중기, 분별관리의무위반으로 인한 신탁금전의 혼화— 혼화금전의 처분,
금전처분에 대한 수익자취소권의 행사 및 수탁자 파산시 환취권의 행사가능성,
9 *홍익법학* (2008). 197 면 각주 9

⁴¹⁷ 신탁법 제 43 조(수탁자의 원상회복의무 등) ① 수탁자가 그 의무를 위반하
여 신탁재산에 손해가 생긴 경우 위탁자, 수익자 또는 수탁자가 여럿인 경우의
다른 수탁자는 그 수탁자에게 신탁재산의 원상회복을 청구할 수 있다. 다만, 원
상회복이 불가능하거나 현저하게 곤란한 경우, 원상회복에 과다한 비용이 드는
경우, 그 밖에 원상회복이 적절하지 아니한 특별한 사정이 있는 경우에는 손해
배상을 청구할 수 있다.

② 수탁자가 그 의무를 위반하여 신탁재산이 변경된 경우에도 제 1 항과 같
다.

에 따라 해당 매각대금을 수익자에게 반환해야 하며, 수익자는 이에 해당하는 채권만을 가지게 된다.

따라서 신탁재산을 처분한 대체물이 화폐나 금전인 경우 이를 수탁자가 신탁을 목적으로 분별관리를 하지 않는 한, 수익자는 이에 대한 채권만을 가지고 수탁자의 다른 채권자에 대한 우선권을 가지지 못한다. 이때 수탁자가 파산하게 될 경우 수익자는 신탁재산에 대한 물권적 청구권이 아닌, 수탁자에 대한 채권만을 가지고 있기 때문에, 환취권이나 일반 채권자에 대한 우선권을 주장할 수 없게 된다.⁴¹⁸

이는 원물추급과 관련하여서도 마찬가지다. 우리 신탁법 제 75 조의 수익자취소권은 의제신탁을 상정한 것이 아니다. 동조는 단순히 수익자에게 해당 법률행위를 취소할 수 있는 권한만을 부여한 것이므로, 해당 원물이 금전인 이상 해당 금전 자체를 특정할 수 있는 특수한 경우를 제외하고는⁴¹⁹ 화폐나 계좌 입금 여부에 상관없이 수익자는 금전 자체에 대한 물권적 청구권을 인정할 수 없다. 단지 부당이득 반환 채권만을 가질 뿐이므로 역시 일반 채권자에 대한 우선권을 가지지 못한다.⁴²⁰

③ 수탁자가 제 33 조부터 제 37 조까지의 규정에서 정한 의무를 위반한 경우에는 신탁재산에 손해가 생기지 아니하였더라도 수탁자는 그로 인하여 수탁자나 제 3 자가 얻은 이득 전부를 신탁재산에 반환하여야 한다.

⁴¹⁸ 신수탁자를 통해 환취권을 행사할 수 있다는 주장으로 이중기, *전계논문* 416. 215 면

⁴¹⁹ 자주 예시되는 것으로는 일련번호가 특정된 수표 등이 있다.

⁴²⁰ 상기 각 경우에 대해서는 아직 구체적인 판례들이 충분하지 않으며, 신탁의 내부관계에 있어서는 금전 도그마가 적용되어서는 안된다는 주장도 있다. 예로는 이중기, *supra* note 193.

본래의 신탁의 수익자 보호 취지를 감안하면, 이러한 주장의 실무적 근거나 논리의 필요성은 인정된다. 그러나 우리법 체계가 형평법 전체를 도입한 것은 아니고 성문법인 신탁법 자체에서 특별히 따로 규정하고 있지 않은 문제에 대해서는 민법의 규정을 적용하는 것이 원칙이므로, 이에 대한 판례나 법개정이 있

앞서 설명하였듯이 신탁의 가장 큰 특징이자 장점은 신탁재산의 도산격리와 이를 통한 일반 채권자에 대한 우선권이다. 영미 신탁에서 형평법상 추급권의 가장 큰 장점은 신탁재산이 금전인 경우에 다른 사람의 금전과 혼용된 경우에도 추급권을 인정하여 수탁자 등 금전 보유자 파산시에 수익자로 하여금 해당 금전이나 예금에 대한 우선권을 보장한다는 점이다.⁴²¹

그러나 앞에서 본 바와 같이 현행 우리 민법과 신탁법에 의해서는 신탁재산의 대체물과 원물이 금전인 경우에는 수익자에게 해당 금전이나 예금에 대하여 우선권을 인정할 수 없게 되는 한계가 있다. 이러한 현행 제도의 정당성 여부와 개선에 대한 추가적인 논의가 필요하다.

IV . 소결: 우리 신탁법상 신탁의 성립 효과의 한계

우리 신탁법상 수탁자에게 부과되는 충실의무는 원칙중심의 규제 방식으로 평가할 수 있고, 이에 대해서는 향후 판례의 축적을 통해서 어느 정도 구체화가 가능할 것으로 예상된다. 하지만 관리의무에 있어서는 일회적/영업적, 단순관리/투자 등 대비되는 유형에 차별적 기준을 적용할 것인지에 대한 추가적인 논의가 필요한 것으로 판단된다. 특히나 묵시 의사신탁이나 의제신탁의 성립을 가정할 경우, 수탁자의 의무에 대한 당사자의 합의가 명확하지 않은 경우에는 더욱더 문제가 될 수 있다.

신탁재산의 독립과 관련하여서는 묵시 신탁의 성립요건의 문제와 우리 신탁법이 형평법적 추급권이 아닌 보통법적 추급권을 명확하게 채택한

기 전까지는 기존 금전 도그마를 적용하여 가정을 하는 것이 타당하다고 판단된다.

⁴²¹ 이계정, *전제논문* 161 135 면; 이중기, *supra* note 162. 224-225 면

것인지, 그리고 이러한 선택이 신탁 도입을 통해서 우리가 추구한 제도적 이점과 관련하여 적정한 것인지에 대한 논의가 추후 필요한 것으로 판단된다.

第 4 節 소 결: 신탁의 의의

1. 신탁법의 개입

우리 법체계는 ‘자신의 재산을 타인에게 이전하고, 타인의 재량에 자신의 이익 및 위험이 노출되게 하는 관계’의 유용성과 이점을 인지하고, 이러한 법률관계를 법체계의 일부로 용인하고 있다. 이러한 관계는 당사자 사이의 정보와 전문성의 불균형, 수탁자의 재량과 신탁 재산의 이전 등의 특성을 가지고 있어서, 본인인 위탁자나 수익자가 대리인인 수탁자의 위반을 적발하거나 조정하기 어렵다. 사적자치로 이것이 충분히 사전·사후적으로 규율하기를 기대할 수도 없다. 따라서 우리 신탁법은 이러한 관계의 내재된 위험성과 사적자치의 한계로 인한 당사자 피해를 방지하기 위해서 신탁법의 규정들을 통한 규제를 하고 있다. 이는 실상 영국식 판례법 체계와 우리의 성문법 체계의 형식적 차이일 뿐이지, 법원, 성문법, 또는 법에 의한(operation by law) 의무 부과라는 면에서는 차이가 존재하지 않는다.

즉 다른 법들과 마찬가지로 신탁법 또한 사적 자치만으로 불충분하거나 부당한 결과가 발생할 수 있는 부분에 대해서 법이 일정한 효과를 부여하고 있는 것이다.

2. 신탁 성립의 비용 감소 효과

신탁 법률관계의 내재적 위험에 대한 대응으로 신탁은 수익자에게 민법의 그 어떤 재산관리 제도보다 강력한 보호와 구제를 제공하고 있다. 이는 신탁 법률관계의 대리인비용, 감시비용, 거래비용을 낮추는 효과가 있다.

이를 좀 더 개별적으로 보자면, 수탁자에 대한 충실의무 부과와 추급효는 신탁재산이 이전되어 있음을 기화로 수탁자가 저지를 수도 있는 자신 또는 제 3 자의 이익을 추구행위에 대한 유인을 감소시키는 기능을 하고, 관리의무는 당사자가 사전에 예상하지 못하였던 상황에서 수탁자의 의무 이행에 대한 평가 기준을 제시하여 계약의 불완전성을 완화시킨다. 이는 기본적으로 계약 당사자 사이에서의 대리인 비용을 낮추는 효과가 있고, 대부분의 경우 계약 당사자가 아닌 제 3 자에 대해서는 큰 영향을 미치지 않는다.⁴²²

신탁재산의 도산격리로 대표되는 신탁재산의 독립성도 부분적으로는 수탁자의 의무 위반을 감소시키는 효과가 있고, 보다 큰 의미로는 수탁자의 신용위험으로부터 수탁자를 격리시키는 효과가 있어서 결국 신탁 계약의 감시 비용과 거래 비용을 절감시켜 준다. 하지만 이는 제 3 자인 일반채권자의 손해로 연결될 수 있다.

즉, 당사자 사이의 계약에서의 비용만을 따지면 신탁은 전체 비용 감소 효과가 분명히 있지만, 일반 채권자인 제 3 자와의 관계까지 감안하여 시장 전체의 비용을 산정하면 결과는 다를 수 있다. 신탁의 수탁자에 대한 의무 부과는 기본적으로 수익자-수탁자의 당사자 관계에만 영향을 미치지만, 신탁재산의 독립은 신탁 계약의 당사자가 아닌 제 3 자에게도 그 영향을 미치기 때문이다.

⁴²² 추급효의 경우에는 예외적으로 제 3 자에게 영향을 미칠 수 있다.

3. 명시/묵시 신탁에서의 차이

계약의 당사자들과 일반 채권자들의 신탁의 존재를 명시적으로 인지하고 있는 경우와 그렇지 않은 경우 각 당사자들의 기대 이익과 비용은 달라지게 된다.

우선 신탁법 제 2 조에 따라 당사자가 계약을 통해서 명시적으로 신탁 설정을 하는 경우, 신탁법은 위탁자, 수탁자, 수익자의 당사자들에 대해서는 계약 내용을 통해서 합의한 상호 권리와 의무를 보충하는 기능을 주로 하고, 부수적으로 일반 채권자와의 관계에 대해 규정한다.⁴²³ 즉 명시 신탁 관계에서의 신탁 성립의 효과는 불완전계약의 보충 역할로 요약할 수 있고, 제 3 자의 입장에서도 신탁 재산의 분별관리 등을 통한 공시가 충분히 이루어져 있다면⁴²⁴ 기대이익과 비용에 있어서 큰 차이가 없다.

두 번째로 당사자가 명시적으로 신탁 설정 의사가 표시되지 않은 문서로 계약을 체결하였고, 이후 신탁의 성립 여부에 대한 분쟁이 발생한 경우를 가정해 보자.

신탁 성립에 관한 분쟁의 거의 대부분이 수탁자의 파산 상황에서 발생한다는 것을 감안하면, 이러한 신탁 성립 여부가 문제되는 상황에서 법원의 그에 관한 판단을 하는 것은 실상 대상 재산이 파산한 재산 보관자(수탁자)의 일반 채권자를 위한 책임 재산에 포함되는지 여부를 결정하는 것과 마찬가지로일 수 있다. 그리고, 이는 효과에 있어서 특정 채권자를 다른 채권자들로부터 분리하여 우대하는 결정을 내리는 것이 될 수도 있다.

⁴²³ 특히 신탁재산과 관련한 신탁법 제 22 조 내지 제 30 조의 내용들이 일반 채권자들과의 관계에서 중요한 역할을 하고, 신탁법 제 8 조의 사해신탁의 취소도 일반 채권자들의 입장에서는 중요한 의미를 가진다.

⁴²⁴ 분별관리에 대해서는 제 5 장 제 2 절에서 설명하도록 한다.

이 경우 신탁의 수탁자가 되는 당사자는 ① 대상 재산을 자신의 일반 재산으로부터 분리 당하고, ② 대상 재산에 대한 관리의무와 충실의무를 부담하게 된다. 앞서 살펴본 바와 같이 이는 다른 민법상의 법률 관계보다 더 큰 의무를 지게 되는 것이다.⁴²⁵ 그리고 ③ 신탁의 성립으로 인한 대상 재산의 대위물에 대한 추급⁴²⁶은 재산 관리인(수탁자)이 충실의무를 위반하여 얻은 수익에 대해서도 적용되기 때문에, 의무위반으로 발생한 손해만을 배상해야 하는 다른 법률관계에 비해서 재산 관리인이 의무를 위반할 유인이 상대적으로 줄어들게 된다.

그리고, 이러한 수탁자가 되는 당사자에 대한 강한 의무 부과와 신탁 재산에 대한 효과만큼 수익자가 되는 당사자는 일반적인 민법의 법률관계보다 강력한 보호를 받게 되고, 이는 다시 당사자의 일반 채권자의 손실로 이어질 수 있다.

정리하면, ‘자신의 재산을 타인에게 이전하고 타인의 재량에 자신의 이익·위험이 노출되게 하는 관계’에서 신탁의 독자적인 성립의 효과는 계약 당사자 사이의 비용의 축소이다. 수탁자가 부담하게 되는 비용은 수탁자의 보수로 회수 가능하기 때문에 계약 당사자 사이에는 문제가 될 것이 없다. 그러나 만약 수탁자가 사전에 신탁의 성립 여부를 인지하지 못하여, 이러한 비용을 보수로 산정하지 못하였거나, 신탁재산의 공시가 충분히 이루어지지 않아서 제 3자인 일반채권자들에게 비용이 부과되는 경우에는 신탁 성립으로 인한 비용 감소의 효과가 상쇄될 수 있다.

⁴²⁵ 이러한 의무 부과의 의의는 기존 우리법 실무가 민사상 법률관계에서의 재산 관리인의 의무를 배임·횡령 등을 통해서 사후적으로 규율해온 것에 대한 대안이 될 수 있다는 점이다.

⁴²⁶ 형평법상의 추급(tracing)과 우리 신탁법 제 27 조((신탁재산의 범위) ‘신탁재산의 관리, 처분, 운용, 개발, 멸실, 훼손, 그 밖의 사유로 수탁자가 얻은 재산은 신탁재산에 속한다.’)의 관계 및 그 성질에 대해서는 이계정, *전개논문* 90.

즉 신탁 성립의 확대 및 묵시 신탁 성립에 관한 논의를 위해서는 수익자 보호라는 이익과 제 3자의 불측의 손해 비용을 비교 형량하여야 한다. 이는 결국 ① 묵시 신탁으로 인정되는 관계가 신탁법의 개입이 필요한 ‘자신의 재산을 타인에게 이전하고, 타인의 재량에 자신의 이익·위험이 노출되게 하는 관계’인지를 법원이 사후적·객관적으로 확인할 수 있는지와 ⁴²⁷ ② 이러한 신탁의 존재를 제 3자가 외부에서 합리적으로 예견할 수 있었는지의 문제로 귀결된다 할 것이다.

第 四 章 신탁의 성립 요건과 신탁 설정 의사

第 1 節 서 론

앞 장에서 살펴보았듯이 신탁에 해당하는 법률관계는 ‘자신의 재산을 타인에게 이전하고, 타인의 재량에 자신의 이익/위험이 노출되게 하는 관계’이다. 이는 구조적으로 수익자에게 큰 위험을 부과하고, 이러한 위험에 대한 대응으로 신탁법은 수익자에 대한 강력한 보호를 부여한다.

그러나, 수익자에게 보호하기 위해서 신탁의 성립을 무분별하게 인정해서는 안 된다. 이는 수탁자와 위탁자의 일반 채권자들에 대한 부당한 피해로 이어질 수 있기 때문이다. 영국신탁은 이와 같은 신탁 성립의 강력한 효과를 의식하여, 형평법 내에서는 이례적인 엄격한 성립 요건을 요구하고 있다.⁴²⁸ 이러한 요건은 판례의 축적을 통해서 구성이 되었고, 신탁

⁴²⁷ 동지의 논의로 HUDSON, *supra* note 3. at 77

⁴²⁸ 앞서 살펴보았듯이 신탁의 초기 단계에서는 그 역사적 연원과 형평법의 특성 등으로 인하여 신탁 성립 확인에 있어서 형평법 법원의 재량이 클 수밖에

탁의 시대에 따른 활용의 변화만큼 요건의 세부적인 내용도 조금씩 변화해왔다.

우리 신탁법에서 신탁의 활용 범위를 넓히고, 그 성립 범위를 확인하기 위해서는 신탁의 성립 요건을 명확히 확인하여야 한다. 그러나, 우리 신탁법의 경우 제2조를 비롯한 관련 조항의 명문의 규정만으로는 신탁 성립 요건을 구체화시키는 데 한계가 있다. 명문의 규정만으로는 단순히 재산을 이전하고 수탁자에게 의무를 부과하는 것으로 그 의무의 내용에 상관없이 신탁이 성립하는 것인지, 아니면 명문의 규정을 넘어선 신탁성립을 위한 요건이 따로 존재하는 것인지를 명확히 확인하기가 쉽지 않다.⁴²⁹

따라서 우리 신탁법에 따른 신탁성립의 요건을 구체화를 위한 참조의 일환으로, 이하에서는 우선 영국과 미국에서의 의사신탁 설정의 요건 등을 확인해본다. 그리고 이를 우리 신탁법에 대응하여 우리 신탁법상 신탁

없었다. 그러나, 19세기 중반부터 Lord Mansfield 나 Lord Eldon 과 같은 판사들을 중심으로 신탁과 같은 형평법에 있어서 법원의 재량이 너무 큰 것인 사기와 같다는 비판적 사고가 나타났고, Knight v Knight(1840) 3 Beav 148.과 같은 판례를 통해서 신탁의 성립 요건에 대한 규정화 작업이 이루어지기 시작했다. 이러한 변화는 당시 사회에서의 신탁의 중요도의 증가와도 연관이 있다. 18~19세기 무렵부터는 영국과 웨일즈의 귀족과 부르주아 계층의 재산 관리와 상속에 있어서 신탁은 중요한 기능을 담당하게 되었고, 이로 인해 사회 중상위 계층에게 신탁 성립의 예측가능성과 안전성은 매우 중요한 문제가 되었기 때문이다.

HUDSON, *supra* note 17. at 72-75

⁴²⁹ 이는 특히 신탁 설정 의사를 성립요건으로 요구하는지 여부와 관련하여 문제가 된다. 이러한 논의는 일본 개정신탁법에서도 동일하게 이루어지고 있다.

信託法セミナー (1) 信託の設定・信託財産, (能見善久 & 道垣内弘人 eds., 2013). at 53

탁의 성립을 위해 필요한 요건들의 존재와 이에 대한 해석론을 검토해 보도록 한다.

이러한 검토에 있어서 우리 신탁법상 신탁 설정의 기본이 되는 계약을 통한 설정을 중심으로 검토를 진행하고 ⁴³⁰ 보다 효율적인 설명을 위해 필요한 부분에서는 영미 계약법과의 비교 설명을 첨가하도록 한다.⁴³¹

第 2 節 신탁 성립 요건 총설

I. 신탁의 성립 요건

1. 우리법에서의 성립요건의 일반론

가. 법률행위의 성립요건

법률행위가 성립하기 위해서는 일반적으로 법률행위의 당사자, 법률행위의 목적, 법률행위를 하는 의사가 갖추어져야 하며, 각개의 법률행위

⁴³⁰ 서론에서 언급하였듯이, 본 연구에서는 계약을 통한 의사신탁의 설정을 중심으로 신탁의 성립을 설명하고, 유언과 신탁 선언 등의 다른 신탁 설정 방법에 대해서는 계약을 통한 설정을 설명하기 위한 대비와 비교 차원에서 설명하도록 한다.

⁴³¹ 뒤에서 설명하겠지만, 신탁에서 당사자의 의사에 대한 해석 방법은 계약에서의 해석과 본질적인 차이는 없다고 한다. Hayton 에 따르면 “신탁에서 당사자의 의사를 확인하는 방식은 계약의 조건을 확인할 때와 마찬가지로 그러한 조건이 합리적인 사람에게는 어떠한 의미로 사용되는가의 ‘객관적 의미’에 중점을 둔다”고 한다. MCFARLANE AND MITCHELL, *supra* note 3. para 4-004~ 4-013

에 대해서 해당 법률에서 개별 요건을 규정하는 경우 이 또한 갖추어져야 한다.⁴³² 그리고, 이를 법률행위의 성립요건이라 한다.

이와 함께 법률행위를 하는 목적은 일정한 법률효과를 발생시키는 데 있기 때문에 그 목적을 달성하려면 그 법률행위의 내용(목적)을 확정할 수 있어야 한다. 이때 이러한 법률행위 내용의 확정을 법률행위의 성립요건으로 보는 경우도 있고, 효력요건으로 설명하는 경우도 있다.⁴³³

법률행위의 성립요건과 효력요건을 구분하는 것은, 실제로는 법률행위가 성립하면 일반적으로 그 내용에 따른 효력이 발생하기 때문에, 용이하지 않고 그 분별의 실익이 크지 않다.⁴³⁴ 그러나, 이를 나누어서 구분할 경우⁴³⁵ 신탁에 있어서 법률행위의 내용의 확정은 성립요건에 해당한다고 하여야 할 것이다.

당사자가 어떠한 권리를 갖고 의무를 부담하는지를 알 수 없는 상태에서는 법률행위가 존재한다고 할 수 없기 때문에, 법률행위의 내용이 특정(확정)되어 있다는 것은 법률행위의 성립요건이라고 볼 수 있고, 이것은 법률행위의 유·무효를 판단하기 이전의 단계에서 검토되어야 하는 것이기 때문에 성립요건으로 보아야 할 것이다.⁴³⁶

특히나 신탁의 경우 ‘정해진 목적을 위해 특정 재산을 관리하는 의무’를 부과하는 것 자체가 성립요건인 법률행위의 목적의 내용을 구성하기

⁴³² 박윤직, 김재형, *전제서* 5. 260 면

⁴³³ 일반적으로 이를 효력요건으로 보는 것이 다수설이라 한다. *상계서*. 260 면; 예로는 송덕수, *신민법강의* (7 판 ed. 2014). 88 면

⁴³⁴ 김재형, *supra* note 10. 243 면

⁴³⁵ 구별의 실익을 검토하자면, 입증의무자의 차이가 있을 수 있다. 그러나, 특정 요건이 성립요건인지 효력요건인지를 명확히 구별을 하지 않는 판례의 태도를 생각할 때, 실제 사례에서 이러한 구별에 따른 차이가 나타날 것인지는 의문이다.

⁴³⁶ 김재형, *supra* note 10. 242-243 면

때문에 당사자 법률행위의 내용의 확정 여부는 성립요건으로 보아야 할 필요성이 크다.⁴³⁷ 더 나아가, 앞서 설명하였듯이⁴³⁸ 신탁의 성립 효과들 중 신탁 재산의 독립성과 같은 효과는 당사자들의 합의를 통해서 부여되는 것이 아니라, 신탁법에 의해서 부과되는 것이고, 이러한 효과는 신탁의 목적과 대상 재산이 확정되어야 가능한 것이기 때문에, 신탁에 있어서는 법률행위의 내용의 확정은 성립 요건으로 보는 것이 타당할 것이다.

나. 계약의 성립요건

우리 신탁법은 신탁 설정의 기본 방식으로 계약을 규정하고 있으므로, 신탁의 성립요건에 대한 논의에 앞서 계약의 성립요건에 대한 검토가 필요하다.

영미에서도 실무에 있어 대부분의 신탁은 신탁 설정을 위한 계약을 통해서 설정된다. 영미 계약법에 따르면 계약이 성립하기 위해서는 우선 계약을 설정하려는 의사와 이에 대한 청약과 승낙이 있어야 한다. 또한 이러한 약속이 강제력을 가지기 위해서는 약인(consideration)이 있어야 하며, 계약의 중요한 내용이 확정(certainty)되어야 한다.⁴³⁹

우리 법원은 “계약이 성립하기 위해서는 당사자 사이에 의사의 합치가 있을 것이 요구되고 이러한 의사의 합치는 당해 계약의 내용을 이루는 모든 사항에 관하여 있어야 하는 것은 아니지만 그 본질적 사항이나 중요 사항에 관하여는 구체적으로 의사의 합치가 있거나 적어도 장래 구체

⁴³⁷ 영미문헌에서는 이러한 이유로 이를 신탁의 유효한 성립을 위한 요건으로 설명한다.

⁴³⁸ 이는 제 3 장 제 2 절 I에서 설명하고 있다.

⁴³⁹ CALAMARI AND PERILLO, *supra* note 145; MICHAEL FURMSTON, CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON'S LAW OF CONTRACT (15th ed. 2006); SALLY WHEELER & JO SHAW, CONTRACT LAW CASES, MATERIALS AND COMMENTARY (1994).

적으로 특정할 수 있는 기준과 방법 등에 관한 합의는 있어야 하고, 그러한 정도의 의사의 합치나 합의가 이루어지지 아니한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 계약은 성립하지 아니한 것으로 보는 것이 타당하다”고 판시하고 있다.⁴⁴⁰

상기 영국의 계약법과 비교하면, 우리법의 계약 성립 요건도 영미 계약법과 마찬가지로 “당사자 사이에 의사의 합치가 있을 것을 요구”⁴⁴¹하고, 이러한 “의사의 합치는 계약의 내용의 본질적 사항이나 중요 사항에 대해 구체적으로” 이루어져야만 하므로, ‘계약내용의 확정가능성’을 요구한다는 점에서 유사한 구조를 가지고 있는 것으로 평가할 수 있다.

우리 신탁법은 기본적으로 계약에 의한 설정을 전제로 하고 있다. 따라서, 신탁의 설정에 있어서 일반적인 계약의 성립 요건이 충족되어야 한다. 그리고, 계약에 의해서 신탁이 설정된다고 하여서, 우리 신탁법상의 신탁이 계약인 것은 아니므로,⁴⁴² ‘계약에 의한 신탁의 설정이라는 법률 행위’는 신탁의 고유한 성립 요건을 충족시켜야만 한다.

따라서 우리 신탁법상 의사신탁의 성립요건의 검토에서 주요하게 검토되어야 하는 것은 ① 신탁의 고유한 성립 요건으로는 어떠한 것이 있는지, ② 그리고 신탁의 성립을 위해서 특정되어야 하는 신탁계약의 ‘중요한 내용의 확정’이 구체적으로 어떤 내용들을 의미하고 있는 것인지를

⁴⁴⁰ 대법원 2017. 10. 26. 선고 2017 다 242867 판결, 대법원 2001. 3. 23. 선고 2000 다 51650 판결

⁴⁴¹ 대법원 2012. 6. 28. 선고 2011 다 102080 판결; 원칙적으로 유효한 청약과 승낙이 행하여지면, 계약은 승낙이 청약자에게 도달함으로써 성립하게 된다. 양창수 & 김재형, 계약법 (2판 ed. 2015). 46면

⁴⁴² 이는 제 2 장 제 2 절 I. 에서 설명하도록 한다.

2. 의사신탁의 성립요건의 정의

가. 의사신탁 성립 요건의 문제

의사신탁의 성립 요건이란 당사자가 유효한 의사신탁을 설정하기 위한 요건으로서, 신탁의 성립 요건에서 법정신탁을 제외한 의사신탁의 성립 요건만을 의미한다.⁴⁴³

앞서 설명하였듯이 법률행위가 성립하기 위해서는 법률행위의 당사자, 법률행위의 목적, 법률행위를 하려는 의사, 그리고 법률행위의 중요 내용에 대한 확정이 이루어져야 한다. 또한, 개별 법률행위에서 요구하는 개별 요건들을 충족해야 한다.

신탁 또한 다른 법률행위들과 마찬가지로 이러한 요건들을 요구하지만, 세부적인 내용에 있어서는 신탁의 특성에 개별 요건들이 있을 수밖에 없다. 특히, 확정되어야 하는 신탁의 중요한 내용이나, 신탁에서 요구하는 개별적인 특유의 요건들의 경우에는 다른 법률행위들의 성립 요건과는 차이가 있을 수밖에 없으며, 이는 곧 신탁을 다른 법률행위로부터 구별할 수 있게 해주는 기준이 되기도 한다.

신탁법은 제 2 조와 제 3 조에서 성립 및 설정에 관한 규정들을 명시하고 있다. 제 2 조에 따르면, 신탁은 당사자인 위탁자와 수탁자 사이에서 특정의 재산을 이전하고, 수익자의 이익이나 신탁 목적의 달성을 위해서 필요한 행위를 하게 하는 것이라고 하고 있다. 이는 앞서 설명하였듯이

⁴⁴³ ‘신탁의 성립 요건’이라는 표현은 의제신탁과 복귀신탁의 성립 요건을 포함하는 의미로 볼 수 있다. 그러나 본 연구는 묵시 신탁을 포함한 의사신탁의 성립 요건을 중심으로 논의하고 있으므로, 이후 본 연구에서 의제신탁이나 복귀신탁의 성립 요건임을 구별하여 명시하지 않은 경우에 ‘신탁의 성립 요건’, ‘성립 요건’은 묵시 신탁을 포함한 의사신탁의 성립 요건을 의미한다.

우리 신탁법상의 신탁의 정의이면서 동시에 신탁의 성립 요건에 해당하는 것으로도 볼 수 있다.⁴⁴⁴

해당 조문을 통해서 신탁의 당사자를 확인할 수 있고, 특정 재산과 특정의 목적(또는 수익자)의 존재가 요건임을 확인할 수 있다. 이러한 요건과 관련하여서는 ① ‘신탁 재산의 이전’ 또한 성립 요건에 해당하는지와 ② 조문에는 없는 ‘신탁을 설정하고자 하는 의사’ 또한 신탁의 성립 요건에 해당하는지 ③ 그리고, ‘특정의 재산’과 ‘특정의 목적’의 구체적인 의미가 무엇인지가 문제가 될 것이다.

이때 첫 번째 문제인 신탁 재산의 이전과 관련된 요건은 신탁의 고유한 성립 요건의 문제에 해당할 것이며, 두 번째 문제와 세 번째 문제는 신탁이라는 법률행위의 중요한 내용의 확정 문제에 해당할 것이다.

상기 문제와 관련하여 우리 신탁법의 명문의 해석만으로는 구체적인 요건을 확인하는 데에는 한계가 있다. 물론 이러한 한계는 판례와 관련 논의의 축적을 통해서 극복할 수 있는 것이지만, 그러한 논의에 앞서 우선 영국과 미국에서의 성립요건에 대한 기존의 판례와 논의를 확인하고 이를 참조하여 우리 신탁법상의 요건에 대한 논의를 전개하는 것이 효율적일 것이다.

나. 영미 신탁의 성립 요건

⁴⁴⁴ 일본의 2006년 일본 신탁법 개정 이전의 문헌들의 경우 신탁의 성립 요건을 설명할 때 개정 이전 신탁법 제1조의 내용을 통해서 신탁 재산의 처분과 신탁의 목적을 성립 요건으로 발견할 수 있다고 설명하는 경우들이 있다. 예로는 杉浦宣彦 & 徐熙錫, 信託の成立要件をめぐり一考察—最一小判平14・1・17を起点として— (2003). at 15

영미 신탁은 의사신탁의 설정 방법에 있어서 기본적으로 특별한 형식을 요구하지는 않는다고는 하지만, 이러한 설정 행위가 유효하게 되기 위한 필수적인 요건은 제시하고 있다.⁴⁴⁵

의사신탁의 유효한 성립을 위한 요건을 가리키는 영국 제정법상의 통일된 용어는 찾기 어렵다. 판례 또한 일반적인 용어를 사용하며, 사안에 따라 설명하는 요건들도 조금씩은 다르다. 주요 문헌들에서는 Hayton 은 필수요소(Essential)라는 용어를 사용하고, Moffat 과 Hudson 등 대부분은 요건(Requirements)이라는 용어를 사용하고 있다.

이에 대응하는 미국 신탁법의 조항으로는 통일신탁법전(Uniform Trust Code) SECTION 402.⁴⁴⁶ 의사신탁 성립 요건(requirements for creation)에서 의사신탁의 성립을 위한 요건들을 설명하고 있다. 우리 신탁법에서는 제 2 조의 정의 조항에서 열거하고 있는 구성 요소들이 이러한 ‘성립 요건’으로서의 기능을 하고 있는 것으로 판단된다.

영국 신탁의 경우에는 의사신탁의 설정과 관련하여 미국 신탁의 통일 신탁법전 SECTION 402 의 성립 요건이나 우리 신탁법 제 2 조의 구성요소에 해당하는 내용을 가진 제정법 조항은 찾기 어려운 것으로 보인다. 대신 제정법이 아닌 확립된 판례들을 통해서 유사한 기능을 하는 요건을 요구하고 있다.

특정 법률 관계가 유효하게 성립되었는지 여부의 문제는 일반적으로는 법원의 사후적 판단의 대상이 된다. 당사자는 신탁의 설정을 의도하고 법률 관계를 설정하였다고 생각하였지만, 법원이 판단하기에 유효한 신탁 관계가 설정되었다고 볼 수 없다면 신탁은 성립되지 않는다.

⁴⁴⁵ ‘the requirements that must be satisfied for a valid express trust to be created’ GARTON ET AL., *supra* note 3. at 136,

⁴⁴⁶ 이하 본 논문에서는 ‘SECTION 402’라고 한다.

신탁재산의 이전이 이루어졌다고 하더라도, 애당초 그러한 재산의 이전이 유효한 것이 아니었거나, 재산 이전의 목적이 신탁 설정을 위한 것이 아닌 것인 경우(신탁 설정 의사가 없는 경우), 그리고 당사자가 신탁 설정을 위한 재산 이전은 하였지만, 그러한 유효한 신탁의 성립되기 위한 다른 요건들을 갖추고 있지 않을 경우에는 신탁은 기능할 수 없으며, 법원은 신탁이 성립되지 않은 것으로 판단하게 된다.

앞서 설명하였듯이 신탁은 수탁자의 신뢰 위반에 따른 수익자의 권리 침해를 방지하기 위한 것이고, ‘특정한 관계에서 수탁자에게 부과되는 형평법적 의무’를 의미한다. 이에 따라 신탁이 작동하는 방식은 법원이 수탁자에게 신탁 관계에 따른 의무의 이행을 지시 또는 강제하는 형식으로 이루어진다.

따라서 신탁 관계에 따른 의무의 내용을 구성하는 요소가 불충분하거나 확정되지 않은 경우에는 법원이 적합한 지시나 강제를 할 수 없게 되어 신탁이 유효하게 작동할 수 없고, 이러한 신탁은 유효하게 성립되지 않았다고 본다.⁴⁴⁷ 이러한 의무의 내용을 구성하는 요소가 곧 신탁을 구성하는 중요한 내용의 요소이고, 이러한 신탁을 구성하는 중요한 요소의 확정이 신탁의 성립 요건을 구성하는 중요한 내용이 된다.⁴⁴⁸

정리하면, 영미 신탁에서 의사신탁이 성립하기 위해서는 ① 우선 신탁 설정을 위한 재산의 이전이 있어야 하고, ② 이러한 재산의 이전이 유효하여야 하며, ③ 신탁의 설정이 관련 규정에서 요구하는 방법과 형식을 따라야만 한다. 그리고, ④ 이러한 신탁의 목적과 의무의 내용이 구체적

⁴⁴⁷ HUDSON, *supra* note 3. at 76; MCFARLANE AND MITCHELL, *supra* note 3. para 5-001

⁴⁴⁸ 이는 제 4 장 제 3 절에서 설명하도록 한다.

으로 확정될 수 있어야 한다. 그리고, 이를 의사신탁의 성립요건이라 할 것이다.⁴⁴⁹

이하에서는 신탁의 고유한 성립 요건에 해당하는 신탁 재산의 이전과 관련된 요건들을 영미 신탁의 설정 방법과 형식 요건을 중심으로 살펴보고, 신탁의 중요한 내용의 확정 요건에 대해서는 이후 단락을 바꾸어 살펴보고자 한다.

II. 의사신탁 설정 방법과 형식

1. 영미 신탁의 설정 방법과 형식의 요건

가. 설정 행위와 방법: 신탁재산의 이전

영국 신탁은 보통법이 아닌 형평법에서 정립된 제도이다. 신탁은 당사자의 합의나 계약을 기초로 발전된 제도가 아니고, ‘타인에게 이전되어 있는 재산에 대한 권리와 의무의 문제’에서 법원이 개입을 하면서 발전된 제도이다.⁴⁵⁰ 이로 인해, 영국과 미국의 신탁에서 ‘신탁의 설정’이란 곧 ‘신탁재산의 이전’을 의미하고, 신탁 설정 방법이란 선언(declaration)

⁴⁴⁹ 대부분의 주요 영미 신탁 문헌에서는 용어와 편제의 차이는 있으나, 의사신탁의 성립요건으로 신탁 재산의 유효한 이전, 신탁 설정의 형식요건 준수, 3 가지 확정성 요건을 설명하고 있다. 3 가지 확정성 요건에 대해서는 제 4 장 제 3 절에서 설명하도록 한다. MCFARLANE AND MITCHELL, *supra* note 3; GARTON ET AL., *supra* note 3; HUDSON, *supra* note 3; DUKEMINIER AND SITKOFF, *supra* note 107.

⁴⁵⁰ 관련된 보다 자세한 내용은 제 2 장 제 2 절에서 설명하고 있다.

과 유언 또는 신탁선언 등의 ‘신탁재산의 이전 방법’들을 의미한다. 그리고, 이러한 신탁 설정 방법들도 대부분 일방행위다.

영국 신탁에서는 우리 신탁법과는 달리 신탁 설정과 신탁재산의 이전을 구별하지 않고 있다. 기본적으로 신탁의 설정은 위탁자가 수탁자에게 신탁의 설정을 위하여 신탁재산을 이전하는 것으로 이루어진다. 이는 신탁을 설정하고자 한다는 의사를 밝히는 선언(declaration)⁴⁵¹과 수탁자로의 신탁재산의 이전이라는 두 가지 요소로 구성되어 있으며,⁴⁵² 신탁 설정을 의도한 부분을 제외하면 재산의 이전은 그 외형에 있어서 증여와 같은 형태를 이루고 있다.^{453, 454}

예외로 위탁자가 자신을 수탁자로 선언하는 경우에는 이미 신탁재산을 수탁자가 보유하고 있는 것이기 때문에 신탁재산의 이전은 필요하지 않고, 자신이 수탁자로서 신탁재산을 보유하고 있다고 선언하는 신탁선언만 이루어지면 의사신탁이 설정된다.

⁴⁵¹ 신탁 설정 의사와 상관없이 성립되는 법정신탁과 달리 의사신탁은 신탁 설정 의사를 요구하며, 선언(declaration)은 당사자가 자신의 신탁 설정 의사를 밝히는 가장 기본적인 방식이다.

우리 신탁법의 경우 의사신탁 설정의 가장 기본적인 방식이 계약이고, 우리 신탁법 제 3 조 제 1 항 제 3 호에 따른 위탁자가 자신을 수탁자로 선언하는 신탁 설정 방식을 국내 문헌에서는 ‘신탁 선언’(자기 선언 또는 자기 신탁)이라고 많이 표현하고 있기 때문에 ‘선언’과 ‘신탁 선언’(self-declaration)을 혼동하기 쉬워서 주의가 필요하다. 참고로 일부 영국과 미국 문헌에서도 동일한 방식을 신탁 선언(Trust declaration)이라고 표현하는 경우가 없는 것은 아니다. 이와 관련한 동지의 설명으로는 이근영, 신탁법상 신탁행위와 신탁재산의 공시방법, 29 토지법학. 287-288 면

⁴⁵² GARTON ET AL., *supra* note 3. at 138

⁴⁵³ *Id.* at 132

⁴⁵⁴ 이러한 점 때문에 신탁 설정 의사의 중요성이 강조된다. 이는 제 4 장 제 4 절 I. 1. 다. 에서 설명하도록 한다.

이는 판례에서 명확히 확인되고 있는 원칙으로, 영국 신탁에서 의사신탁은 기본적으로 신탁재산이 수탁자에게 이전될 때 유효하게 설정되어 효력이 발생하는 것이고, 신탁선언의 경우에는 위탁자 자신이 특정 목적을 위해 신탁으로서 대상 재산을 보유하고 있다는 선언을 한 때에 역시 유효하게 설정된다고 한다.⁴⁵⁵

미국 신탁 또한 신탁 설정 행위와 그 방법에 있어서 영국 신탁과 같은 형식을 취하고 있다. 미국 신탁도 신탁 설정 행위의 가장 기본적인 형태를 ‘신탁재산의 이전’으로 규정하고 있다. 미국 신탁법 통일 법전(Uniform Trust Code)의 해당 조문을 참조하면 이하와 같다.

401조 신탁 설정 방법

신탁은 다음에 의해 설정된다.

- (1) 위탁자(settlor)가 자신의 생전 기간 동안 또는 유언을 통해서 재산을 수탁자에게 이전(transfer)하는 것
- (2) 재산의 소유자가 동일한 재산을 수탁자로서 보유하고 있다고 선언하는 것
- (3) 수탁자를 위한 지명권(power of appointment)⁴⁵⁶의 행사

⁴⁵⁵ Turner LJ in *Milroy v Lord*, (1862) 4 De GF & J 264. HUDSON, *supra* note 3; GARTON ET AL., *supra* note 3. at 153-154

⁴⁵⁶ 지명권(power of appointment)은 대상 재산의 수익권(beneficial ownership interests)의 수령자 또는 차후의 지명권을 행사할 수 있는 자를 선택할 수 있는 권한이다. Restatement (Third) of Property § 17.1, § 17.2; 예를 들면 유언 신탁으로 아들에게 손자들에 대한 대상재산의 수익권의 배분을 결정할 수 있는 권리와 차후 다음 세대에서 수익권을 행사할 자를 지명할 수 있는 권리를 부여하는 방식을 상정할 수 있다. 이 경우 수익자와 수익권의 배분 방식이 고정된 일반적인 신탁에 비해서 보다 유연하게 신탁이 운용될 수 있다. Ira Mark

제 401 조는 신탁의 설정인 ‘신탁 재산의 이전’의 방법들을 설명하고 있다. 제 1 항은 선언과 유언에 의한 방법을, 동조 제 2 항은 신탁선언에 의한 신탁 설정을, 그리고 동조 제 3 항은 지명권을 수탁자를 위해서 행사하는 방법의 신탁 설정을 명시하고 있다.

물론, 영미 신탁에서도 계약을 통한 신탁 설정은 존재한다. 그러나 ‘신탁 설정을 위한’ 계약이란 ‘신탁재산 이전을 위한’ 계약에 해당한다. 그러나 이러한 계약이 체결되었다고 해도 신탁재산이 이전되기 전까지는 신탁이 유효하게 설정된 것은 아니라, 단순히 해당 재산이전을 위한 계약만이 체결된 것이다. 따라서 신탁재산의 이전이 이루어지기 전까지는 당사자는 체결된 계약 내용에 따른 권리와 의무를 가질 뿐이지 신탁의 성립에 따른 권리 및 의무가 발생하는 것은 아니다.

나. 유효한 신탁재산 이전의 요건

영미의 신탁법에서는 신탁의 설정이 신탁재산의 이전이기 때문에 신탁이 성립하기 위해서는 재산의 이전 자체가 유효하게 이루어져야 하며 이를 위한 요건들이 존재한다.⁴⁵⁷

Bloom, *The Remarkable Power of Appointment Device: Planning and Drafting Considerations*, in MORTIMER H. HESS MEMORIAL LECTURE NEW YORK CITY BAR ASSOCIATION MAY 22, 2012 (2012). at 1-2

⁴⁵⁷ 신탁재산 이전의 유효성과 관계된 요건들은 신탁 설정 방식을 위해 요구되는 형식으로 볼 수도 있기 때문에, 이를 신탁 설정의 형식 요건으로 볼 수도 있고, 동시에 미국 통일신탁법전과 같이 유효한 설정을 위한 요건으로 볼 수도 있다. 앞서 설명하였듯이 영국 문헌들에서는 이를 선명하게 구별하고 있지 않고, 어느 쪽으로 분류하더라도 신탁의 성립 효력, 시점 등에서 큰 차이점은 존재하

영미 신탁법에서는 위탁자로 하여금 신탁재산을 수탁자에게 이전할 수 있는 권리(대물적 권리, proprietary right)를 보유할 것을 규정하고 있다. 자신이 권리가 없는 재산에 대해서는 신탁을 설정할 수 없기 때문이다. 이렇게 대상 재산을 이전할 수 있는 법적 지위 또는 상태를 이전가능성 또는 양도가능성이라고 할 수 있고 우리 신탁법에서도 당연히 인정되는 요건이라 할 것이다.⁴⁵⁸

영미신탁법에는 이와 함께 신탁 재산이 현존하고 특정⁴⁵⁹ 가능할 것을 요구하고 있고, 장래 채권의 경우에도 특정 가능하다면 이전 가능하다고 할 것이다.⁴⁶⁰

그리고 당연히 신탁재산의 종류에 따라서 요구되는 이전의 형식과 절차들을 충족시켜야 한다.⁴⁶¹

지 않으므로, 미국 신탁법, 우리 신탁법 등과의 비교상 편의를 위해 본 논문에서는 의사신탁의 성립을 위한 요건으로 분류하도록 한다.

⁴⁵⁸ 최수정은 이를 ‘양도가능성’이라고 하고 있고, 新井는 일본 신탁법의 조문에 착안하여 ‘이전 내지 처분가능성’이라고 하고 있다. 의미는 모두 같다고 볼 수 있다. 최수정, *전제서* 67 242 면; 新井 誠, *supra* note 27.

⁴⁵⁹ 신탁 재산의 특정성에 대한 논의는 제 4 장 제 3 절 III. 2. 에서 설명하도록 한다.

⁴⁶⁰ 이와 관련하여 주의해야 할 점은 미래의 어느 시점에 권리를 가지게 될 것으로 단순히 기대되는 재산에 대해서는 신탁을 설정할 수 없다는 것이다. 영국 법원의 기본적인 태도는 신탁 설정을 목적하는 때에 대상 재산에 대한 대물적 권리가 없다면 유효한 신탁을 설정할 수 없으며, 이후에 대상 재산에 대한 권리를 획득하였다고 해서 신탁이 유효해지는 것은 아니라는 것이다 In re Brooks’ ST [1939] 1 Ch 993. HUDSON, *supra* note 3. at 215-218

⁴⁶¹ 이는 제 4 장 제 3 절 III. 2. 에서 설명한다.

다. 신탁 설정의 형식 요건

영미 신탁에서 생전의사신탁의 기본적인 설정 방법 자체에는 요구되는 형식이 없다. 따라서 가장 기본이 되는 위탁자 소유의 동산에 대한 신탁 설정의 경우에는 신탁재산의 이전과 함께 구두, 서면 또는 행위 등의 자유로운 형식⁴⁶²에 따른 신탁의 선언에 의해서 설정이 이루어진다.^{463, 464}

그러나 신탁의 설정이 신탁재산의 이전을 의미하기 때문에 이전되는 신탁재산의 종류에 따라 요구되는 형식은 있을 수 있다. 이러한 형식 요구는 신탁 설정과 그 조건의 명확성을 높이기 위해서이다.⁴⁶⁵ 예컨대 부동산과 관계된 신탁의 경우에는 the Law of Property Act 1925 Section

⁴⁶² 영미 신탁에서 신탁 설정의 기본적인 형식이 존재하지 않고, ‘신탁’이란 용어도 필요하지 않기 때문에 이와 관련하여 묵시 의사신탁의 문제가 존재하게 된다. 이는 제 4 장 제 4 절 II. 와 제 5 장에서 자세히 설명하도록 한다.

⁴⁶³ GARTON ET AL., *supra* note 3. at 141-142; DUKEMINIER AND SITKOFF, *supra* note 107. at 403

⁴⁶⁴ 오해해서는 안 되는 점은 영미 신탁에서는 신탁의 선언이 신탁의 설정을 의미하는 것은 아니라는 점이다. 신탁의 설정은 신탁재산의 이전을 통해서 이루어지는 것이고, 단순히 신탁의 선언만으로는 유효한 신탁이 설정되지 않는다. 이러한 점은 우리 신탁법에서의 낙성/요물 계약설의 논의와 연결된다. 이는 제 4 장 제 2 절 II. 2. 나.에서 설명하도록 한다. GARTON ET AL., *supra* note 3. at 142

⁴⁶⁵ *Id.* at 140

53(1)(b)에 의해서 해당 신탁을 선언할 수 있는 법적 권리가 있는 사람의 서명이 된 문서에 의해서 입증되어야만 한다고 규정하고 있다.^{466,467}

또한 생전 의사신탁이 아닌 유언에 의한 의사신탁의 경우에는 유언의 성립에 관한 일반 규정이 요구하는 형식을 충족시켜야만 한다.^{468, 469} 하지만 이는 엄밀히는 신탁 설정을 위해 요구되는 형식이라기 보다는 유언의 성립을 위해 요구되는 형식이다. 따라서 유언을 요식행위로 규정하는 한국, 일본, 미국 등 대부분의 국가에서 동일하게 적용되는 사안이다. 그리고 신탁선언(self-declaration)은 위탁자가 자신을 수익자로 선언하는 것이기 때문에, 신탁재산의 이전이 이루어지지 않는 형식상의 차이가 있다.

라. 소 결: 신탁재산 이전과 성립 요건

영미 의사신탁의 성립 요건에서 우선 강조되는 것은 신탁 재산의 이전이다. 신탁의 설정은 신탁 재산의 이전이기 때문에, ① 이러한 이전은 유효하여야 하고, ② 이전되는 재산에 종류에 따라서 특별한 형식을 요구할 수도 있으며, ③ 이전의 방법에 따라 요구되는 형식이 있을 수 있다. 그리고, 이러한 요건들은 모두 의사신탁의 성립을 위해 충족되어야 하는 요건에 해당한다.

⁴⁶⁶ Section 53(1)(b) of the Law of Property Act 1925

(b) 토지나 이와 관련한 이익에 대한 신탁의 선언은 그러한 선언을 할 수 있는 자의 서명이 된 문서나 유언장에 의해서 표시되어야만 한다.

⁴⁶⁷ 미국 신탁법 또한 영국 신탁법과 마찬가지로 the Statute of Frauds 에 따라 부동산의 경우에는 문서의 형식을 요구한다. DUKEMINIER AND SITKOFF, *supra* note 107. at 403, 436

⁴⁶⁸ s 9 of the Wills Act 1837

⁴⁶⁹ HUDSON(2016), *supra* note. at 211-213

그러나, 우리 신탁법의 경우에는 신탁 재산의 이전이 의사신탁의 성립 요건인지 여부가 불분명하기 때문에 상기 논의한 영미 신탁의 설정 방법과 형식 요건들의 적용 여부에 대해서는 검토가 필요하다.

2. 우리 신탁법의 설정 방법과 형식

가. 설정 행위와 방법: 계약

우리 신탁법 제 2 조의 정의는 기본적으로 당사자의 신탁 설정 행위에 의한 신탁만을 전제하고 있고, 동법 제 3 조에서 신탁 설정 방법을 규정하고 있다.

우리 신탁법은 영미 신탁법과는 달리 신탁 설정 방법의 기본을 처분행위인 신탁재산의 이전이 아니라 계약으로 규정한다. 이는 앞서 설명한 미국 신탁법 통일 법전 제 401 조(이하 ‘제 401 조’)와의 비교를 통해서 잘 드러난다. 제 401 조는 신탁 설정의 가장 기초적인 방법으로 제 1 항에서 신탁 재산의 이전을 명시하고 있지만, 우리 신탁법 제 3 조 제 1 항 제 1 호에서는 신탁 설정 방법의 기본으로 계약(신탁계약)을 명시하고 있고, 제 2 조의 정의 조항에서 명시한 신탁 재산의 이전은 제 3 조에는 나타나 있지 않다. 이와 함께 동항 제 2 호에서는 유언(유언신탁)을, 동항 제 3 호에서는 자기 선언(신탁선언)을, 동조 제 4 항에서는 수탁자에게 신탁재산 지정권을 부여하는 방법을 명시하고 있다.

신탁법 제 3 조 제 1 항 제 1 호에서 생전 의사신탁의 설정 방법으로 계약을 명시한 것 이외에 유언과 신탁선언의 다른 방법에 있어서는 일방

행위에 의한 신탁 설정을 인정한 것은 영국, 미국의 신탁과 거의 같다고 볼 수 있다.⁴⁷⁰

즉, 신탁 설정 방법에 있어서 우리 신탁법과 영미 신탁의 가장 중요한 차이는 신탁재산이 이전만을 통한 신탁의 설정이 가능한지 여부다.

나. 신탁재산 이전의 성립 요건 여부

(1) 신탁 재산의 이전을 통한 설정의 가부

영미의 신탁 설정은 우리 민법의 시각으로 보았을 때 ‘신탁재산의 이전을 통해서 신탁을 설정’하는 ‘신탁 행위’(信託行爲)⁴⁷¹라는 독립된 일방행위가 존재하는 것으로 볼 수 있다. 그러나 이러한 신탁 설정 방법은 신탁 설정 행위의 기본적인 형태를 계약으로 받아들이고 있는 우리법의 시각에서는 몇 가지 차이로 인해서 쉽게 받아들이기 어렵다.

⁴⁷⁰ 우리 법체계에서 하나의 법률행위가 다수 당사자 행위 또는 일방 행위로 이루어지는 것은 흔하지 않은 경우이다.

⁴⁷¹ ‘신탁행위’(信託行爲)라는 용어는 개정 신탁법의 제 3 조, 제 9 조, 제 10 조, 제 13 조 등 여러 조항에서 사용되고 있지만, 이에 대한 정의규정은 따로 존재하지 않는다.

영국 신탁법 용어에서 ‘신탁행위’에 정확히 대칭되는 용어는 찾기 어려운 것으로 보인다. 이는 주로 일본 학계를 중심으로 신탁 설정 행위의 성질을 논하기 위해서 사용하는 용어로, 일본의 통설에 따르면 ‘신탁의 설정행위’를 민법상 법률행위의 일종으로 인식하여 부르는 것이라고 한다. 본 논문에서는 영국 신탁과 한국 신탁의 설정 방법의 비교를 위하여 본 용어를 사용하였다. 일본 신탁법에서의 신탁행위의 의미와 관련하여 新井 誠, *supra* note 33. 海原은 영미신탁법의 의사신탁 설정을 설명하면서 신탁행위를 ‘신탁 설정을 목적으로 하는 법률 행위’라고 설명하였다. 海原文雄, 英米信託法概論 (1998). at 65

우선 증여의 형태에서의 차이가 있다. 우리 민법에서 증여는 당사자 일방이 무상으로 재산을 상대방에 수여하는 의사를 표시하고 상대방이 이를 승낙함으로써 그 효력이 생기는 계약의 형태로 이루어져 있다.⁴⁷² 그러나 영국법에서의 증여는 계약이 아니며, 상대방의 승낙이 요건도 아니다. 이는 쌍방의 의사의 합치없이 일방의 재산 이전을 통해서 이루어지는 일방 행위이다.

두 번째는 수익자 권리 설정의 문제이다. 우리 신탁법의 시각으로는 신탁을 통해 수익자가 가지는 권리의 내용은 신탁 설정 계약을 통해서 구체적으로 설정되는 것이기 때문에, 이 또한 위탁자와 수탁자 간의 의사 합치의 대상인 계약의 내용으로 생각하기 쉽다. 그러나 초기 17, 18 세기의 신탁 때부터 수익자가 가지는 권리는 기본적으로 오로지 위탁자가 정하는 것이지, 위탁자와 수탁자 간의 쌍방 의사합치의 대상은 아니었다. 이러한 수익자 권리의 설정은 신탁재산의 이전과 함께 수탁자에 대한 위탁자의 지시 등을 통해서 이루어진 것이기 때문에, 영국 신탁에서의 신탁 행위는 온전한 단독행위의 형태를 취하고 있다.⁴⁷³ 그리고, 이것이 의사신탁의 기본적인 구성이다.⁴⁷⁴

위와 같은 영국 신탁법의 신탁 행위를 우리 사법의 일반법인 민법의 시각으로 보자면 신탁재산의 이전이라는 단일한 처분을 통해 채권적 성질과 물권적 성질을 모두 갖는 단일한 법률행위가 이루어지는 것으로 볼 수 있기⁴⁷⁵ 때문에, 이 부분에 있어서는 우리 신탁법과의 차이가 나타나게 된다.

⁴⁷² 민법 제 554 조(증여의 의의) 증여는 당사자 일방이 무상으로 재산을 상대방에 수여하는 의사를 표시하고 상대방이 이를 승낙함으로써 그 효력이 생긴다.

⁴⁷³ LUPOL, *supra* note 45. at 162-165

⁴⁷⁴ *Id.* at 95-96

⁴⁷⁵ 新井는 따로 영국 신탁법의 신탁 설정행위의 성격에 대해서 논하지는 않았지만, 일본 신탁법 상의 신탁행위를 채권행위와 물권행위가 합쳐진 단일행위라고

이와 같은 차이는 신탁 행위의 개념의 차이에서 기인한 것인데, 영미의 ‘신탁재산의 이전만으로 설정되는’ 신탁행위는 우리법 체계에서는 정합성의 문제로 인해서 사용되기 어려운 개념으로 보인다. ① 우선 우리 판례⁴⁷⁶는 물권행위의 무인성·독자성을 부정하는 태도를 취하고 있기 때문에 ‘신탁재산의 이전’이라는 단일한 물권행위만으로 신탁의 설정을 인정하기는 어려울 것으로 보이며, ② 설사 물권행위의 무인성을 인정한다고 가정하더라도 단일한 처분행위를 통해서 채권적 성질과 물권적 성질을 모두 갖는 단일한 법률행위가 이루어지게 하는 것은 채권과 물권을 엄격하게 분별하는 우리법 체계상 무리가 있는 것으로 판단된다.

(2) 성립 요건 여부: 낙성계약설

‘신탁 재산의 이전’을 통한 신탁의 설정이 가능하지 않다고 하여서, 신탁 재산의 이전이 신탁의 성립 요건이 아닌 것은 아니다. 우리 신탁법 제 3 조에는 명시되어 있지는 않지만, 제 2 조는 ‘위탁자가 수탁자에게 특정의 재산(영업이나 저작권재산권의 일부를 포함한다)을 이전하거나 담보

보고 있다. 일본 학계의 단일행위설, 복합적 행위설 논쟁은 본 논문의 주제와 큰 관련이 없으므로 필요 부분만 언급하고 자세한 설명은 하지 않도록 한다. 新井誠, *supra* note 33. at 148-149

⁴⁷⁶ “민법 548 조 1 항 본문에 의하면 계약이 해제되면 각 당사자는 상대방을 계약이 없었던 것과 같은 상태에 복귀케할 의무를 부담한다는 뜻을 규정하고 있는 바 계약에 따른 채무의 이행으로 이미 등기나 인도를 하고 있는 경우에 그 원인행위인 채권계약이 해제됨으로써 원상회복 된다고 할 때 그 이론 구성에 관하여 소위 채권적 효과설과 물권적 효과설이 대립되어 있으나 우리의 법제가 물권행위의 독자성과 무인성을 인정하고 있지않는 점과 민법 548 조 1 항 단서가 거래안정을 위한 특별규정이란 점을 생각할 때 계약이 해제되면 그 계약의 이행으로 변동이 생겼던 물권은 당연히 그 계약이 없었던 원상태로 복귀한다 할 것이다.” 대법원 1977. 5. 24 선고 75 다 1394

권의 설정 또는 그 밖의 처분'을 하는 것을 신탁의 구성요건으로 명시하고 있다. 그러므로 신탁 설정 행위인 신탁 계약의 내용에는 신탁재산의 이전이 포함되어 있어야 하는 것으로 해석할 수 있다. 그러나 이러한 신탁 재산의 이전이 신탁의 성립요건인지 여부는 신탁법의 명문의 규정만으로는 명확히 확인할 수가 없다.

일본에서도 2006 년 신탁법 개정 이전까지 이와 관련한 논의가 이루어져 졌다. 일본의 개정 전 신탁법에서의 논의는 크게 신탁 재산이 이전될 때 신탁 성립의 효과가 발생한다는 요물계약설(要物契約說)⁴⁷⁷과 당사자 사이의 합의가 있을 때 발생한다는 낙성계약설(諾成契約說)⁴⁷⁸로 나누어져 있었다.

일본 개정 신탁법은 이러한 논란을 인식하여 제 4 조에서 위탁자가 될 자와 수탁자가 될 사람 사이의 신탁 계약의 체결에 의해서 그 효력이 생긴다고 규정하여서,⁴⁷⁹ 낙성계약설을 따르고 있는 것으로 보인다.⁴⁸⁰

위와 같은 개정 전 일본의 논의는 우리 신탁법에서도 거의 유사하게 진행되었고,⁴⁸¹ 우리 개정 신탁법은 일본과는 달리 효력 발생시기에 대한 규정을 따로 명시하지는 않아서 위의 문제에 대한 논의가 계속되고 있다.⁴⁸²

⁴⁷⁷ 이를 주장한 대표적인 학자로는 四宮和夫, *supra* note 7. at 94-96

⁴⁷⁸ 이를 주장한 대표적인 학자로는 入江眞太郎, 信託法原論, 巖松堂書店, 1928

⁴⁷⁹ 일본 개정 신탁법은 제 4 조에서 효력 발생 시점을 규정하였다.

信託法 第四条 前条第一号に掲げる方法によってされる信託は、委託者となるべき者と受託者となるべき者との間の信託契約の締結によってその効力を生ずる

⁴⁸⁰ 동지의 논의로 大村敦志 ET AL., 条解 信託法 (道垣内弘人 ed., 2017). at 47

⁴⁸¹ 국내에서의 학설 대립은 일본 개정 전 신탁법에서의 학설 대립과 큰 차이가 없다. 이에 대한 자세한 소개로는 이근영, *전계* 논문 412. 289-291 면

⁴⁸² 신탁법 해설, *전계서* 28. 29 면

이에 대해 검토하자면, 요물계약설은 ① 영미의 신탁재산의 이전을 통한 설정을 참조한 것으로 보이나, 당사자들의 합의가 이루어진 이상 발생하는 법적 구속력과 이러한 계약 체결을 통해서 성립하는 구속력에 대한 당사자들의 기대와 신뢰를 간과한 것으로 보인다. ② 또한, 이러한 견해는 영미의 계약은 약인을 요구하고, 무상의 법률관계는 계약으로 인정하지 않아서 수탁자에게 신탁 재산이 이전되기 전까지 법원은 아무런 구제를 하지 않는다는 점에서 ⁴⁸³ 우리 법제와의 차이가 있는 부분을 고려하지 않은 것으로 보이고, ③ 무엇보다도 우리 민법에 따른 계약의 낙성·불요식 원칙을 감안할 때, 신탁 설정 계약이 재산 이전을 요구한다는 근거를 확인하기 어려운 것으로 보이기 때문에 ⁴⁸⁴ 현행 우리 신탁법에서 신탁 재산의 이전을 성립 요건으로 명확히 명시하지 않는 이상에는 우리 신탁법상 신탁 계약은 낙성계약으로 보는 것이 타당할 것으로 생각된다.

따라서, 우리 신탁법상 신탁 재산의 이전은 계약을 통한 의사신탁의 성립요건에 해당하지는 않는다고 보아야 할 것이다.

(3) 효력 발생 시기: 낙성계약설의 한계

낙성계약설을 따를 경우 신탁이 성립될 때와 신탁 재산이 이전되는 시기에 차이가 있을 수 있기 때문에 이로 인한 몇 가지 문제들이 있을 수 있다. 앞서 설명하였듯이 영미 신탁의 신탁 성립과 효력 발생 시기는 기본적으로 신탁재산의 이전이 이루어질 때로 일치한다. 그러나, 우리 신탁법에서 낙성계약설을 따를 경우 의사신탁은 신탁 재산 이전이 아닌 신탁 계약의 체결 시점에 성립된다. 이렇게 신탁 재산의 이전과 신탁 설

⁴⁸³ 수탁자나 수익자에 의한 약인이 존재하기 전까지는 강제할 수 없다.

GARTON ET AL., *supra* note 3. at 138

⁴⁸⁴ 동지의 논의로 최수정, *전제서* 57. 175-177 면

정 행위가 시간적으로 분리되어 있기 때문에 계약에 따른 신탁 설정의 경우 계약 체결과 신탁재산의 이전 시점이 다를 때 ① 신탁이 성립된 시점과 그 효력 발생 시점의 차이와 ② 이러한 두 시점이 다를 경우 당사자들의 권리 관계에 대한 논의가 있을 수밖에 없다.

이러한 논의에 대한 검토에 앞서 짚고 넘어가야하는 것은 ‘신탁 성립 효과가 발생한다는 것’의 의미가 무엇인지 명확히 해야 한다는 점이다. 영미법과 달리 우리 민법에서는 신탁 재산의 이전이 이루어지지 않았더라도,⁴⁸⁵ 당사자의 합의로 신탁 계약이 체결되었다면, 계약 내용에 따른 당사자의 의무와 권리는 발생한다. 하지만, 이러한 계약에 따른 의무와 권리가 신탁법에 따라 발생하는 권리 의무와 반드시 일치하는 것은 아니다. 또한, 신탁의 성립이 실패한다고 하여도 신탁 계약의 내용에 따른 권리와 의무가 모두 반드시 무효가 되는 것은 아니라는 점을 감안할 때, 당사자의 합의에 따른 권리, 의무의 발생과 신탁법에 따른 수탁자의 의무와 신탁재산의 독립성 등과 같은 효과가 발생하는 것은 분리해서 보아야 한다.

첫 번째 문제로 신탁 설정을 위한 계약은 체결했으나 아직 신탁 재산은 이전되지 않았을 경우, 당사자들에게 재산 이전과 관련한 의무가 있는지, 있다면 이러한 의무는 신탁의 성립을 통해 부과되는 것인지에 대한 의문이 있을 수 있다. 이와 관련하여 일본의 道垣内는 ‘타익신탁의 경우에는 의사신탁이 설정되면 수탁자는 수익자에 대해서 신탁법상의 의무를 지고, 수탁자는 수익자를 위해서 위탁자에게 재산의 이전을 요구할 의무를 지며, 또 위탁자에게도 이전 의무가 있는 것이 원칙이라고 생각해야 할 것

⁴⁸⁵ 앞서 설명하였듯이 영미법에서는 무상의 법률관계는 계약으로 인정되지 않는다.

이다'라고 설명하고 있다.⁴⁸⁶ 이러한 주장은 낙성계약설의 근거이기도 한데, 신탁계약의 체결 후의 당사자의 이전할 의무를 설명하기 위해서는 신탁이 성립해야 한다는 것이다.

이와 관련하여 생각해봐야 할 점은, 신탁 계약은 신탁 재산의 이전에 대한 의무를 계약의 내용으로 포함시키고 있을 것이어서, 계약만 체결되었다면, 신탁법에 따른 의무 부과 없이도 당사자는 계약에 따라 신탁 재산의 이전에 관한 의무를 부담할 것이라는 점이다. 이때, 해당 계약에서 신탁 재산의 이전에 대한 의무를 포함하지 않을 수도 있으나, 재산 이전의 의무조차 명시하지 않은 계약까지도 신탁 계약으로 보아야할 경우는 많지 않을 것으로 예상된다.

그렇다면, 낙성계약설을 따를 경우에는 계약 내용에 의한 이전 의무와 신탁의 성립에 따른 이전 의무가 병존하는 것인데, 실무에서 이러한 두 의무의 효과의 실질적인 차이는 ⁴⁸⁷ 확인하기 어렵다는 점을 생각하면, 신탁 계약 체결 이후 당사자의 재산 이전 관련 의무가 반드시 신탁의 성립 효과이어야 할 필연성은 약해진다.

두 번째 문제는 첫 번째 문제와 연관되어 생각할 수 있다. 신탁의 목적이 달성되기 위해서는 신탁 재산의 이전이 이루어지기 전에도, 수탁자는 충실의무와 관리의무의 일부 내용을 준수해야만 한다. 예를 들어 수탁자는 재산의 이전 전에도 수익자의 이익과 이해가 상충되는 행위를 해서는 안되는 것이다. 하지만, 앞서 첫 번째 문제와 마찬가지로 이러한 의무가 반드시 신탁의 성립을 통해서만 부가될 수 있는 의무인 것인지는 검토가

⁴⁸⁶ 大村敦志 ET AL., *supra* note 480. at 47-48

⁴⁸⁷ 예상해 볼 수 있는 차이로는 신탁 계약 체결 후 재산 이전을 하기 전에 신탁 계약에서의 해지 유보 조항을 통해서 해지를 하는 것과 신탁법 제 99 조에 의한 해지를 하는 경우의 차이가 있다. 이는 제 3 자를 위한 계약과 신탁의 차이점이기도 하다. 다만, 계약의 해지 유보 조항이 신탁법의 해지 방안을 모방할 경우에는 차이가 없어진다.

필요하다. 앞서 확인하였듯이 민법의 재산관리 제도 중 충실의무를 관리인의 의무로 명시한 것은 신탁뿐이다. 그러나, 실무에서 대부분의 위임 및 재산 관리에 대한 계약들은 수임인과 관리인에게 충실의무에 해당하는 의무를 부과하고 있다. 또한, 구체적인 의무의 적시가 없다고 하더라도, 신탁 목적 달성에 해가 될 수 있는 수탁자의 행위는 계약의 내용 및 목적의 해석으로 금지될 가능성이 적지 않다. 따라서, 첫 번째 문제와 마찬가지로 이러한 의무의 부과가 신탁의 성립을 반드시 요하는 것이라고 보는 것은 어렵다.

가장 문제가 되는 것은 세 번째 문제이다. 신탁 성립의 효과들 중에 신탁 재산의 이전을 전제로 한 효과들, 특히나 신탁 재산의 독립성과 같은 성립 효과의 경우에는 신탁 재산의 이전이 이루어지기 전에 인정될 수 있는 것인지가 문제가 된다. 특히나, 이러한 효과들은 계약을 통한 당사자의 합의만으로는 가능하지 않고, 신탁법에 의해서만 나타날 수 있는 효과들인 경우가 많다.

이러한 신탁 재산의 이전을 전제로 한 성립 효과들은 두 번째 문제의 성립 효과와는 달리 신탁 재산의 이전이 이루어지기 전에는 인정되어서는 안될 것이다. 그 이유는 ① 신탁재산이 이전되지 않고 위탁자에게 남아 있는 상황에서 신탁재산의 독립성을 인정할 경우, 위탁자가 수탁자에게 재산을 이전해야 할 유인이 줄어들고,⁴⁸⁸ ② 이를 공시할 수 있는 방법이 없어서 위탁자의 일반 채권자들에게 불측의 손해가 발생할 가능성이 높아지며, ③ 신탁 재산의 미이전으로 신탁 성립의 효과가 발생하지 않음으로 인해 발생할 수 있는 손해는 이전하지 않은 당사자가 부담하는 것이 타당하기 때문이다.

⁴⁸⁸ 재산의 이전이 이루어지지 않더라도 신탁 재산의 독립성을 인정할 경우, 위탁자는 자신의 상황에 따라서, 신탁의 성립을 주장할 수도 있고, 주장하지 않을 수도 있게 되어서, 신탁 재산의 독립성을 자신의 이익에 따라 악용할 가능성이 높다.

따라서, 신탁법에서 규정하고 있는 수탁자의 의무 중 신탁재산의 관리와 운영과 관계된 의무의 경우에는,⁴⁸⁹ 따로 특약을 하거나, 신탁재산을 이전하기 전에도 준수되어야 할 의무로 규정한 것이 아니라면 발생하지 않는 것이 옳은 것으로 판단된다.

정리하면, 낙성계약설을 따를 경우, 신탁은 당사자의 계약 체결만으로 성립하지만, 이때 모든 성립 효과가 발생하는 것이 아니고, 신탁 재산의 이전을 전제로 한 의무와 신탁 재산의 독립성과 같은 의무는 이전 이후에 발생한다고 보아야 할 것이다.⁴⁹⁰

하지만, ① 신탁 계약의 체결만으로 나타나는 신탁의 성립 효과와 그렇지 않은 효과를 구체적인 사례에서 명확하게 구별할 수 있는 것인지 의문이며, ② 앞서 살펴보았듯이 신탁이 성립되지 않더라도, 계약 체결을 통한 의무 부과만으로도 수익자가 일정 부분 보호될 수 있다는 점을 감안하면, 현재의 신탁법의 명문의 내용상 요물계약설을 인정하기는 어렵다고 하더라도, 이후 우리 신탁법의 개정에 있어서 요물계약설에 대한 추가적인 논의가 필요한 것으로 생각된다.

다. 신탁 설정 형식

⁴⁸⁹ 신탁법 제 2 조는 수탁자의 의무가 ‘그 재산의 관리, 처분, 운용, 개발, 그 밖에 신탁 목적의 달성을 위하여 필요한 행위를 하는 것’이고, 신탁법 제 31 조는 수탁자는 ‘신탁재산에 대한 권리와 의무의 귀속주체’라고 규정하고 있다.

⁴⁹⁰ 이에 대해 新井는 신탁의 성립과 수탁자의 의무라는 효력은 낙성에 의해서 발생하지만 신탁재산에 관한 효력은 신탁재산이 생겼을 시점까지 발생하지 않는다고 하면서, 임의규정으로 기본을 요물계약성으로하고 특정한 경우 낙성계약을 허용했어야 한다고 주장하고 있다. 新井 誠, *supra* note 33. at 123-125

(1) 계약에 의한 의사신탁 설정의 형식

앞서 살펴보았듯이 영국 신탁상 생전 신탁의 경우에는 신탁 설정을 위한 어떠한 형식을 요구하지 않으며,⁴⁹¹ 미국의 경우에도 신탁재산의 이전 등을 통해서 신탁을 설정할 수 있기 때문에 일반적으로 형식적 제약이 없는 것으로 볼 수 있다. 그러나 우리 신탁법은 생전 의사신탁의 경우에는 기본적으로 계약의 방식을 통해 설정하도록 규정하고 있다. 이는 우리 신탁법에서만 발생하는 현상이 아니라 대부분의 대륙법계 국가에서 일관되게 나타나는 현상이다.⁴⁹²

이러한 계약에 의한 설정을 요구하는 우리 신탁법 제 3 조와 동법 제 2 조의 신탁의 구성 요건들을 결합하면 다음과 같이 해석할 수 있다. 생전 의사신탁을 설정하기 위해서는 ‘위탁자’와 ‘수탁자’ 간에 ‘신탁 설정 계약’을 체결해야 하며, ‘신탁을 설정’ 한다는 것은 ‘위탁자’가 ‘수탁자’에게 ‘신탁재산’을 이전하고, ‘수탁자’는 이러한 ‘신탁재산’을 ‘수익자’ 또는 ‘특정 목적’을 위하여 ‘관리 또는 운영해야 하는 의무’를 계약으로 규정하고 있어야 한다. 이는 ‘신탁재산의 이전을 위한’ 계약으로 볼 수 있으며, 계약이라는 방식을 요구하는 것을 제외한다면 영국 신탁의 생전 의사신탁 설정 방법과 대부분 일치한다.

⁴⁹¹ 앞서 설명한 Statute of Frauds 1677 에서의 형식적 요구는 오직 토지에 대한 신탁에만 적용되는 규정이고, 원칙적으로는 생전 신탁의 경우에는 설정을 위한 형식적 요구가 없다.

⁴⁹² 이는 신탁과 유사한 기능을 하는 대륙법계의 제도들이 대부분 계약의 형태를 취하였고, 대륙법계 법률가들에게는 계약이 가장 선호되는 설명이었기 때문이라고 한다. LUPOI, *supra* note 45. at 95-96, 신탁을 계약으로 해석하려는 시도와 이에 대한 비판으로는 LAU, *supra* note 251.

또한 계약이라는 방식을 요구한다고 하더라도 계약 자체가 어떠한 형식을 요구하는 것은 아니다. ① 신탁 재산의 이전을 성립 요건으로 보지 않을 경우 신탁법에서 신탁 설정 계약의 형식을 특별히 요구하는 것이 없으며, ② 민법에서도 관련하여 특별한 형식을 요구하는 규정이 없고, ③ 우리법은 관련 규정에서 특별한 형식을 요구하지 않는 한 원칙적으로 당사자가 어떠한 형식으로든 계약을 체결할 수 있다고 규정하고 있다.⁴⁹³ 따라서 우리 신탁법상 생전 동산 의사신탁의 경우에는 특별히 요구되는 형식이 없다고 볼 수 있다.

(2) 신탁재산의 종류에 따른 요구

우리 신탁법에는 영미 신탁과는 달리 신탁재산의 종류에 따라 요구되는 형식 요건이 존재하지 않는다.

영미 신탁에서는 부동산에 대한 신탁에 대해서 특정한 형식을 요구하는 the Law of Property Act 1925 Section 53(1)(b) 등과 같은 규정을 요구하고 있지만, 우리 신탁법은 특정 재산에 대한 신탁의 설정과 관련하여 특별한 성립 요건을 요구하고 있지는 않다. 다만, 등기 또는 등록할 수 있는 재산권에 관하여는 신탁의 등기 또는 등록을 하고, 아닌 재산에 대해서는 분별관리 하는 것을 제 3 자에 대한 대항 요건으로 규정하고 있

⁴⁹³ 관련 판례로는 “이른바 계약자유(契約自由)의 원칙(原則)이란 계약(契約)을 체결할 것인가의 여부, 체결한다면 어떠한 내용(內容)의, 어떠한 상대방(相對方)과의 관계에서, 어떠한 방식(方式)으로 계약(契約)을 체결하느냐 하는 것도 당사자(當事者) 자신(自身)이 자기의사(自己意思)로 결정(決定)하는 자유(自由)뿐만 아니라, 원치 않으면 계약(契約)을 체결하지 않을 자유(自由)를 말하여, 이는 헌법상(憲法上)의 행복추구권(幸福追求權)속에 함축(含蓄)된 일반적행동자유권(行動自由權)으로부터 파생(派生)되는 것이라 할 것이다.” 헌법재판소 1991. 6. 3. 자 89 헌마 204 결정

다.⁴⁹⁴ 그리고, 이는 신탁의 성립 요건은 아니기 때문에, 이러한 대항 요건의 이행 여부와 신탁의 성립 여부는 연관되지 않는다.

(3) 유연과 신탁선언에 의한 신탁

대부분의 국가들과 마찬가지로 우리 민법은 유연에 대해서 엄격한 형식주의를 취하고 있고, 이에 따라 유연 방식에 의한 의사신탁 설정을 위해서는 민법의 해당 규정을 준수해야 한다. 그러나 이는 신탁법이 요구하는 것이 아닌 유연에 대한 규정들이 요구하는 형식으로 보아야 할 것이므로 이 부분에서 영미 신탁과 큰 차이가 없다.

신탁선언의 경우에는 영국 신탁에서 보다는 좀 더 엄격한 형식을 요구하고 있다. 신탁법 개정전까지 그 인정 여부가 논란이 되었고, 신탁선언이 집행면탈의 수단으로 악용될 수 있다는 우려가 계속 존재해왔기 때문이다. 이에 신탁법 제 3 조 제 2 항에서 공익신탁법에 따른 공익신탁을 제외하고는 공정증서(公正證書)를 작성하는 방법으로 하여야 하며, 신탁을 해지할 수 있는 권한을 유보(留保)할 수 없다는 제한을 규정하고 있

⁴⁹⁴ 신탁법 제 4 조(신탁의 공시와 대항) ① 등기 또는 등록할 수 있는 재산권에 관하여는 신탁의 등기 또는 등록을 함으로써 그 재산이 신탁재산에 속한 것임을 제 3 자에게 대항할 수 있다.

② 등기 또는 등록할 수 없는 재산권에 관하여는 다른 재산과 분별하여 관리하는 등의 방법으로 신탁재산임을 표시함으로써 그 재산이 신탁재산에 속한 것임을 제 3 자에게 대항할 수 있다.

③ 제 1 항의 재산권에 대한 등기부 또는 등록부가 아직 없을 때에는 그 재산권은 등기 또는 등록할 수 없는 재산권으로 본다.

④ 제 2 항에 따라 신탁재산임을 표시할 때에는 대통령령으로 정하는 장부에 신탁재산임을 표시하는 방법으로도 할 수 있다.

다.⁴⁹⁵ 이 부분은 특별히 대상 재산의 신탁재산으로의 재등기나 재등록을 강제하지는 않고 있는 영국 신탁과 미국 신탁과는⁴⁹⁶ 다른 점이다.

III. 소결

앞서 살펴보았듯이, 영미신탁에서 신탁의 설정 방법, 형식과 관련하여 가장 중요한 요건은 신탁 재산의 이전이다. 이와는 달리 우리 신탁법은 신탁 재산의 이전을 성립 요건으로 명시하고 있지 않다.⁴⁹⁷ 또한, 영미신탁에서 부동산과 같은 특정 재산에 대한 신탁의 경우 요구하는 형식 요건의 경우에도 우리 신탁법은 단순히 대항요건으로만 규정하고 있다.

따라서, 우리 신탁법에 따른 설정의 기본이 되는 계약을 통한 신탁의 설정의 경우에는 당사자의 합의에 따른 계약 체결만으로 일단 신탁은 성립하게 된다는 결론에 다다르게 된다.

이 경우, 신탁 설정의 방법과 형식 요건만으로는 신탁의 성립 여부를 외부적으로 확인할 수 없기 때문에, 신탁을 다른 법률관계와 구별하고, 신탁의 성립을 확인하기 위해서는 신탁 계약에 있어서 당사자의 합의의 대상이 되는 신탁의 중요 내용이 어떤 것인지가 중요하게 된다.

第 3 節 신탁 계약의 중요 내용의 확정

I. 신탁의 중요 내용

⁴⁹⁵ 신탁법 해설, *supra* note 34. 32-35 면

⁴⁹⁶ STATE, *supra* note 112. at 58

⁴⁹⁷ 신탁 재산의 독립성과 같은 성립 효과에 대해서는 효력 요건으로 기능하고 있다고 볼 수 있다.

1. 성립요건으로서 중요 내용의 확정

앞서 설명하였듯이 계약이 성립하기 위해서는 계약의 중요 내용이 확정되고 이에 대한 합의가 이루어져야 한다. 예컨대 우리 법원은 매매 계약에 있어서 매매 목적물의 표시가 너무 추상적이어서 이를 특정할 수 없을 경우에는 매매계약이 성립되었다고 볼 수 없다고 판결함으로써⁴⁹⁸ 매매계약에서 매매 목적물의 특정은 확정되어야 하는 중요 내용임을 판시하였다.

마찬가지로 신탁 계약에 있어서 중요 내용이 확정되지 못하였다면 신탁은 성립되었다고 볼 수 없을 것이다. 우리 신탁법은 제 2 조에서 신탁의 구성 요소와 주요 내용을 명시하고 있다. 이를 통해 ‘특정의 재산’과 ‘수익자 또는 특정의 목적(이하 ‘목적의 확정’)’은 신탁의 중요 내용임을 쉽게 확인할 수 있다.

그러나, 이러한 대상 재산의 특정과 목적의 확정이 구체적으로 어떤 의미인지, 매매나 제 3 자를 위한 계약과는 다른 신탁만의 특별한 내용을 요구하는 것인지는 신탁법의 규정만으로는 알 수 없고, 앞서 언급하였던 신탁 설정 의사 또한 신탁의 성립 요건으로 요구되는 것인지도 확인하기가 어렵다.

따라서, 이하에서는 우선 영국 신탁에서의 중요 내용의 확정에 대해서 살펴보고, 이를 참조하여 우리 신탁법에서의 검토를 진행하도록 한다.

2. 영국 신탁에서의 중요내용의 확정

앞서 설명하였듯이 신탁은 근본적으로 수탁자의 신뢰 위반으로 인한 수익자의 권리 침해를 방지하기 위한 것이고, 이는 제정법과 법원의 개입을 통한 수탁자에 대한 의무 부과로 이어진다.

⁴⁹⁸ 大判 1997. 1. 24, 96 다 26176(公 1997, 632)

영국 신탁에서는 애당초 당사자가 의도한 것이 ‘신탁’의 설정이 아닌 증여 등의 다른 행위일 때에는 법원이 개입할 이유가 없어진다고 본다. 신탁은 근본적으로 수탁자의 신뢰 위반으로 인한 수익자의 권리 침해를 방지하기 위한 것이고, 이를 위해 신탁이 작동하는 방식은 법원이 수탁자에게 ‘신탁의 목적’(수익자 또는 목적)에 맞추어 ‘신탁의 대상’(신탁재산)을 운용·관리하도록 지시 또는 강제하는 형식으로 이루어진다. 따라서 ‘신탁의 목적’이나 ‘신탁의 대상(재산)’ 둘 중의 하나라도 불분명할 경우에는 법원이 적합한 지시나 강제를 할 수 없게 되어 신탁이 유효하게 작동할 수 없으므로 이러한 신탁은 유효하게 성립되지 않았다고 판단하게 된다.⁴⁹⁹⁵⁰⁰

이러한 원칙은 Millett LJ가 *Armitage v Nurse*⁵⁰¹에서 판시한 이하의 내용을 통해서도 잘 알 수 있다.

‘수탁자가 수익자에게 부담하고, 수익자에 의해서 강제될 수 있는 축소될 수 없는 핵심 의무들이야말로 신탁의 근본적인 핵심이다. 따라서 만약 수익자가 수탁자에 대해서 강제할 수 있는 권리가 없다면 신탁도 존재하지 않는 것이다.’

이에 따라 영국신탁은 신탁의 성립요건으로 다음의 세 가지 중요 내용에 대한 확정을 요구하고 있다. ① 당사자가 다른 행위가 아닌 신탁을 설정하고자 하였는지(신탁 설정 의사) 그리고, 당사자가 의도한 것이 신탁의 설정이라면 ② 어떠한 재산을 ‘신탁의 대상’(신탁 재산)으로 특정하여 ③ 수탁자에게 어떠한 ‘목적’(수익자 또는 목적)에 맞추어 운용, 관리하도록 강제할 수 있는지에 대한 확정을 요구하고 이러한 내용에 대해서

⁴⁹⁹ HUDSON, *supra* note 3. at 76

⁵⁰⁰ ‘법원이 조종할 수 없다면 신탁이 없는 것이고, 조종할 수 없는 권한의 양도는 소유권의 이전이지, 신탁이 아니다’ *Morice v Bishop of Durham* (1804) 9 Ves. Jun. 399 at 405

⁵⁰¹ *Armitage v Nurse* [1998] Ch. 241 at 253. MCFARLANE AND MITCHELL, *supra* note 3. ne10088

확정이 이루어지지 않으면 신탁은 성립하지 않은 것으로 본다. 그리고, 이를 영국 판례에서는 세 가지 필수요소의 확정성(The Three Certainties)이라고 지칭하고 있다.

II . 세 가지 필수요소의 확정성

1. 정의와 유래

신탁 설정인 수탁자로의 신탁재산의 이전이 이를 위한 필요 형식들을 갖추어 이행되었다고 하더라도, 이러한 재산의 이전이 유효한 신탁의 성

립이 되기 위해서는 ‘세 가지 필수요소의 확정성’(The Three Certainties)^{502, 503} 이 구비되어야 한다.

⁵⁰² 한국과 일본 문헌에서 ‘The Three Certainties’의 번역에 대한 지배적인 통설은 찾기 어려운 것으로 보이며, 독립되어 언급되는 경우도 많지 않은 것으로 보인다. 하지만 일본 문헌의 경우에는 Certainty에 대응하는 용어로 주로 ‘確定性’이라는 용어를 사용하는 것으로 보인다. 예로는 四宮和夫, *supra* note 7. at 141이 있고, 海原는 이를 ‘3대 확정성’(三大確定性)이라고 번역하였고, 일본 신탁이 이를 계승하였다고 설명하고 있다. 海原文雄, *supra* note 471. at 67

다른 주요 문헌에서 ‘The Three Certainties’와 유사한 의미로 사용한 사례로는 神田가 ‘신탁 목적의 확정성’(信託の目的の確定性)이라는 용어를 사용한 것이 있다. 神田는 ‘신탁의 목적은 신탁 관계의 성립·존속·소멸에 관한 기본적인 요소가 될 것이기 때문에 신탁 관계자에게 명확하고 일정하지 않으면 안 되고, 위탁자는 수탁자가 그 취지에 따라서 의무를 이행할 수 있는 정도는 명정할 필요가 있다.’고 설명하고 있다. 이는 영국 문헌에서 ‘The Three Certainties’ 중 신탁 목적의 확정성(Certainty of objects)을 설명하는 내용과 동일한 것으로 보인다. 神田秀樹 AND 折原 誠, *supra* note 24. at 26,

국내 문헌의 경우에는 영국 계약법에서의 Certainty를 ‘명확성’으로 번역한 사례가 있고, 이호정, 영국계약법, 경문사, 2003; ‘특정성’으로 번역한 사례도 있으며, 이중기, *전제서* 141. 96면; 최수정은 확정성 내지 확정가능성으로 번역하였다. 최수정, *전제서* 67. 108면

⁵⁰³ Certainty를 명확성(明確性)이나 확정성(確定性) 둘 중의 어떤 것으로 번역하여도 그 의미 전달에 큰 차이는 없을 것으로 생각된다. 그러나 ‘명확성’이라는 용어는 이미 미국 헌법학에서의 ‘막연하기 때문에 무효의 원칙’(The Void for Vagueness Doctrine, 명확성의 원칙)을 번역하는 용어로 한국과 일본에서 사용되고 있고, 우리 형법과 헌법에서도 같은 의미로 ‘명확성의 원칙’이라는 용어를 광범위하게 사용하고 있다. 따라서 혼동의 여지를 줄이기 위해서 본 논문에서는 Certainty를 문맥에 따라 확정 또는 확정성(確定性)으로 번역하는 것이 보다 효율적이라 본다. 또한, 우리 민법에서 이미 사용하고 있는 ‘法律行爲 內容의 確定’이라는 용어를 생각할 때 ‘확정’, ‘확정성’으로 번역하는 것이 타당하

‘세 가지 필수요소의 확정성 요건’이 정확히 언제부터 만들어지고 사용된 것인지는 명확하지 않다. 개별 요건들의 경우 기존의 판례들에서 따로 또는 함께 사용되고 발전한 것이며, 사용하는 용어들도 다르기 때문에 기원을 명확히 정하기는 어렵다.

‘세 가지 필수요소의 확정성 요건’이라는 용어를 명확히 제시하기 시작한 기원으로는 보통 Knight v Knight⁵⁰⁴에서의 Lord Langdale 이 언급되고 있다.⁵⁰⁵ 이후 현재까지 의사신탁의 유효한 설정을 위한 필수 요건으로 인정되고 있으며, 의사신탁의 성립이 문제가 된 사안에서 각 확정성 요건이 개별적으로 또는 상호 연관되어 함께 검토되고 있다.⁵⁰⁶

세 가지 필수요소의 확정성 요건은 ① 신탁 설정 의사의 확정성(Certainty of Intention) ② 신탁재산의 확정성(Certainty of subject

다고 본다. 관련 일본 문헌에서 주로 확정성이라는 용어를 사용하는 이유도 이와 같은 것으로 추정된다.

⁵⁰⁴ 유언의 내용의 불명확성으로 인해서 신탁의 성립 여부가 문제가 된 사안이다. Knight v Knight (1840) 3 Beav 148

⁵⁰⁵ 이와 함께 Lord Eldon in wright v Atkiyins(1823) Turn & R 143 at 157 도 자주 언급된다. GARTON ET AL., *supra* note 3. at 136-137

⁵⁰⁶ 주요 사례를 예로 들자면, Re Kayford [1975] 1 All ER 604 에서의 Megarry J 가 물건 판매 회사가 고객으로부터 선금금으로 받은 금원을 독립된 계좌에 보관한 것이 의사신탁의 설정이 될 수 있는가에 대해서 검토하면서 이하와 같이 판시한 내용이 있다. “(본 사안에서 의사신탁의 성립과 관련하여) 형식상의 어려움은 없다. 문제가 되는 재산이 동산이기 때문에 서면에 의할 필요는 없다 (신탁재산이 부동산일 경우에는 the Law of Property Act 1925 Section 53(1)(b)에 의해서 서면을 요구한다) ‘세 가지 확정성의 요건’도 문제가 없다. 신탁재산의 확정성도 문제가 없고, 수익자와 수익자의 이익도 문제가 없다. 의사(word)의 확정성 요건과 관련해서는 ‘신탁’이나 ‘확신’(confidence)이라는 말 등이 꼭 쓰일 필요는 없으므로, 문제는 신탁을 설정하려는 의사가 실질적으로 얼마나 나타나 있느냐다.”

matter) ③ 신탁 목적의 확정성(Certainty of objects)⁵⁰⁷으로 구성되어 있다.

이하에서는 신탁 재산의 특정(확정)과 신탁 목적의 확정성에 대해서 설명하도록 하고, 본 논문의 주제와 관련하여 가장 중요한 신탁 설정 의사의 확정성에 대해서는 이후 절을 바꾸어 설명하도록 한다.

2. 신탁재산의 특정⁵⁰⁸

가. 대상 특정(certainty of subject)의 정의

앞서 설명하였듯이 신탁은 신탁재산을 신탁 조건에 따라 관리할 것을 수탁자에게 요구하고, 이러한 ‘신탁재산을 신탁 목적 등의 신탁 조건에 따라 관리 등을 하는 것’이 수탁자 의무의 내용을 구성한다.

따라서, 신탁재산이 존재하지 않는다면, 수탁자에게 이행을 요구할 의무의 대상이 존재하지 않는 것이 되며, 이에 따라, 수탁자의 의무가 구

⁵⁰⁷ 시대별로 용어들이 다른 경우도 있었다. 신탁 설정 의사의 확정성(Certainty of Intention)은 용어의 확정성(Certainty of words)로 사용되기도 했었다. 둘의 의미는 동일하다. GARTON ET AL., *supra* note 3. at 137 또한 각 문헌마다 용어가 다른 경우도 있으나 의미에서는 큰 차이가 없는 것으로 보아도 무방하다. 예컨대 목적의 확정성을 수익자의 확정성(Certainty of Beneficiaries)이라고 표현한 문헌도 있다. MCFARLANE AND MITCHELL, *supra* note 3.

⁵⁰⁸ 영미 문헌에서는 신탁의 대상 재산의 특정을 ‘certainty’라고 표현하고 이는 단어 자체로는 확정, 특정 등으로 번역이 가능하다. 다만 우리나라 문헌에서는 일반적으로 법률행위의 목적물이나 내용에 대해서는 ‘특정’이라는 용어를 주로 사용하고 있으므로, 신탁 재산의 확정성 요건을 지칭함에는 신탁 재산의 특정이라고 하도록 한다. 예로는 김재형, *전제논문* 7. 1 면

성되지 않아, 법원은 수탁자에게 신탁에 따른 의무의 이행을 지시할 수 없고, 결국 신탁의 성립되지 않는다.⁵⁰⁹

따라서, 영국 신탁은 확립된 판례들을 통해서 신탁 설정의 형식 요건 또는 설정 요건으로 위탁자에게 신탁재산을 수탁자에게 이전할 수 있는 권리(대물적 권리, proprietary right)가 있을 것을 요구하고 있으며, 이와 동시에 의사신탁이 유효하게 설정되기 위한 요건으로 대상이 되는 신탁 재산이 특정되어야만 한다고 요구하고 있다.⁵¹⁰ 이는 영미와 마찬가지로 우리 신탁법에서도 마찬가지로 적용되는 요건이라고 보는 것이 타당하다.⁵¹¹

이러한 요건을 구체적으로 적용하기 위해서는 신탁재산이 확정되었다는 의미가 어떤 상태를 의미하는 것인지에 대한 확인이 필요한데, 우리 신탁법 제 2 조의 조문 내용만으로는 불명확한 측면이 있다.

우리법과 판례는 계약의 성립을 위한 중요 내용으로 계약의 목적물의 특정을 요구하고 있지만, 목적물의 특정의 의미는 계약의 성질과 내용에 따라 달라질 수밖에 없다. 예컨대 매매의 경우에는 매도인에게 속한 재산 중에 어떤 것이 매매의 목적물인지에 대해서 양 당사자가 특정할 수 있는가의 문제이지만, 신탁의 경우에는 앞서 설명하였듯이 당사자들의 일반채권자들의 권리 관계에도 큰 변동을 일으키기 때문에 단순히 신탁 계약 당사자들의 인식에서의 특정만으로는 충분하지 않은 면이 있다.

⁵⁰⁹ MCFARLANE AND MITCHELL, *supra* note 3; HUDSON, *supra* note 3. at 95

⁵¹⁰ 앞서 설명하였듯이 新井는 대상 재산의 귀속 요건일 뿐이라고 하였고, 이중기는 성립요건이 아니라고 하였고, 최수정은 이를 유효요건으로 보고 있다. 新井 誠, *supra* note 33. at 342; 이중기, *전제서* 141. 99 면; 최수정, *전제서* 67. 241 면

⁵¹¹ 자세한 내용은 제 4 장 제 3 절에서 설명하고 있다.

이와 관련한 영미 주요 판례에 따르면, 신탁재산이 특정되었다는 의미는 신탁재산이 단순히 존재하는 것을 넘어서, 대상 신탁재산이 아닌 다른 재산들로부터 구별되어 인식될 수 있어야(identifiable) 한다는 것을 의미한다.⁵¹²

오해해서는 안되는 점은 법률행위의 대상이 특정되어야 하는 것은 신탁만의 특유의 문제는 아니라는 것이다. 특정 대상에 대한 보통법적 또는 형평법적 그 어떠한 청구가 있더라도, 대상이 확정되지 않으면 그 청구는 유효하게 이루어지기 어렵게 된다.⁵¹³ 다만, 신탁의 경우에는 설정의 구조적인 측면으로 인해서 신탁재산이 다른 재산들로부터 구별되어야 하는 필요성이 더 크게 나타나게 것이다.

나. 위탁자의 다른 재산과의 구별

명시 신탁의 설정 단계에서 문제가 되는 신탁재산의 특정 요건은 주로 신탁을 구성할 재산이 위탁자의 다른 재산들로부터 분리되어 신탁을 구성할 재산으로 충분히 인식될 수 있는가에 대한 요건을 의미한다. 영미 사례에서 이러한 요건이 주로 문제가 된 경우는 사인간의 단순한 민사신탁과 유언신탁의 초기 사례들이 주로 해당하고,⁵¹⁴ 우리나라의 경우에도

⁵¹² 이와 관련한 주요 판례로는 Re London Wine Co (Shippers) Ltd [1986] PCC 121; Re Goldcorp [1995] 1 AC 74. 자세한 내용은 제 5 장 제 2 절 1. 2. 나. (2)에서 다루도록 한다.

⁵¹³ MCFARLANE AND MITCHELL, *supra* note 3. Location 10570

⁵¹⁴ 현대 기업 간 명시 신탁에서 신탁재산 요건과 관련하여서 대상 재산이 신탁 재산으로 이전될 수 있는 것인지에 대한 문제가 중요하게 다루어 지며, 이는 특히 금융신탁에서 양도금지 채권과 관련하여 자주 발생한다.

이에 대한 예로 Barbados Trust Company Ltd v Bank of Zambia & Anor [2007] EWCA Civ 148 (27 February 2007)을 살펴보면, Masstock 은 Bank of Zambia(BoZ. 피상고인)에 대한 채권을 Bank of America(BoA)에게 양도하고,

향후 일반적인 민사신탁과 유언신탁의 활용이 넓어지면 이와 관련한 문제를 겪을 가능성이 높다.

위탁자의 재산 중에서 신탁재산이 어떤 것이냐의 문제는 위탁자의 일반 채권자와 수익자들 사이에서의 이권의 큰 변동을 가져오기 때문에, 이러한 신탁재산의 인식 여부의 기준은 신탁 설정자인 위탁자나 수탁자의 주관적인 인식의 기준이 아니라, 그 신탁의 당사자가 아닌 제 3자의 관점-특히 법원의 관점-에서 신탁재산을 분리 인식할 수 있는 객관적 기준이어야 한다.

예컨대 A가 사망하면서, ‘자신이 소유한 가치 있는 미술품 중 3개’를 상속인이 아닌 B를 위해서 사용해 달라고, 하면서 C를 수탁자로 지정하는 유언을 남겼고, A에게는 원래 일반채권자 D와 A의 상속인 E, F가 있는 경우를 가정한다면, 수탁자 C는 우선 A가 생전 소유하던 자산 중 ‘가치 있는 미술품’에 해당하는 것들을 확인해야 하고, 여기서 신탁의 대상 재산인 ‘3개’가 특정이 될 수 있는 것인지, 아니면 그것이 수탁자의 재량으로 확정할 수 있는 것인지에 대해서 확인해야만 할 것이다.

이때, A가 지정한 수익자인 B는 신탁의 성립(유효한 설정)과 함께 신탁재산이 A의 생전 소유 미술품 중 가장 비싼 3개를 의미하는 것이라

BoA는 이를 다시 벌처펀드(vulture fund)인 Barbados Trust Co(Barbados, 상고인)에게 매각하였다.

Masstock과 BoZ의 채권 계약에는 은행 또는 금융기관이 아닌 자에게는 채권을 양도할 수 없다는 채권양도금지 조항(The anti-assignment clause)이 있었고, 벌처펀드인 Barbados는 은행이나 금융기관에 속하지 않았다.

BoA는 이러한 채권양도금지 조항을 회피하기 위해서, 채권의 양도란 용어를 사용하지 않고, Barbados를 수익자로 하는 신탁을 선언하였다.

본 사건의 쟁점은 본 사건의 채권양도금지 조항이 신탁의 설정도 금지하는 것으로 볼 수 있는지 여부였으며, 법원은 이에 대해서 이러한 조항이 신탁의 설정까지 금지하는 것은 아니라고 판시하였다.

고 주장할 유인이 있다. 반면에 A의 채권자인 D와 A의 상속인인 E, F는 신탁이 성립하지 않으면 책임재산과 상속재산이 증가할 것이기 때문에 신탁이 불성립을 주장하고, 이와 동시에 만약 성립한다 하더라도, A가 의미했던 신탁재산은 ‘가치 있는 미술품’ 가장 저렴한 ‘3 개’를 의미한다고 주장할 유인이 있다. 따라서, A의 B를 위한 신탁 설정 의사는 확정되었다고 하더라도, 대상이 되는 신탁재산이 명확하게 설정되지 않았다면, 신탁과 관련된 당사자들과 그 당사자들의 이해 상충으로 인해서 신탁재산이 쉽게 특정되지 못한다.

위와 같이 A가 사망한 경우가 아니라 A가 생전 신탁을 설정하고자 하는 경우에도 문제는 같다. 생전 신탁의 경우에는 유언 신탁과는 달리 사후적으로 설정자인 A의 의사를 확인할 수는 있다. 그러나, 의사신탁의 성립이 문제가 되는 사안의 대부분은 수탁자 또는 위탁자가 파산한 상태인 경우이고, 신탁의 성립과 신탁재산의 범위에 따라서 파산으로부터 격리되는 신탁재산의 크기가 바뀌고, 이에 반비례해서 일반 채권자를 위해 파산 재단에 편입되는 재산의 크기가 바뀌기 때문에 수탁자 또는 위탁자의 일반 채권자들과 위탁자, 수탁자와 수익자의 이해 관계는 상황에 따라 서로 다를 수밖에 없어서, 신탁 설정자의 사후적인 의사 표현만으로 신탁재산을 확정하는 것은 신뢰 보호의 원칙에도 벗어나고 가능하지도 않다. 따라서, 생전 의사신탁의 경우에도 신탁재산이 확정되지 않은 경우 문제가 발생하는 것은 사후 신탁과 마찬가지로 할 것이다.

상기의 문제에 대하여 영미 주요 판례를 살펴보도록 하자.

Sprange v Barnard⁵¹⁵에서는 유언의 내용 중 ‘남편이 소유하기 원하지 않는 ‘남은 것’은 다른 사람들에게 나누어 주어라’(‘for his sole use; and

⁵¹⁵ Sprange v Barnard (1789) 2 Bro CC 585

at his death, the remaining part of what is left, that he does not want for his own wants and use to be divided between’)⁵¹⁶라는 문장에서 ‘남은 것’(the remaining part of what is left)이라는 의미가 명확하지 않아서 신탁이 성립할 수 없다고 판시하여서, 모든 재산은 복귀신탁으로 남편에게 귀속되었다.

Boyce v Boyce⁵¹⁶에서는 유언자가 자신의 두 집 중 딸인 Maria가 집을 고르면, 남은 집은 다른 딸인 Charlotte에게 준다고 하였으나, Maria가 집을 고르지 않은 상태에서 유언자보다 먼저 사망하였고, 이후 유언자가 사망하자 Charlotte에게 귀속되는 집을 확정할 수 있는 가의 문제가 발생하였는데, 이에 대해서 법원은 확정이 가능하지 않다고 하여 신탁이 성립하지 않아서, 두 집은 모두 복귀신탁으로 유언자의 상속인인 손자에게 귀속되었다.

Palmer v Simmonds⁵¹⁷에서는 신탁 설정자의 잔여 재산의 ‘일정 부분’을 남겨준다(leave the bulk of my said residuary estate unto the said William Fountain Simmonds, James Simmonds, Thomas Elrington Simmonds and Henrietta Rosco Markham equally.). 라는 표현에서 ‘일정 부분’(bulk)라는 의미가 명확하지 않아서 신탁이 성립할 수 없다고 판시하였다.

상기의 주요 판례들은 모두 20세기 이전의 것으로, 오늘날에도 유사사안에서 영미 법원이 같은 결론을 내릴 것인지에 대해서는 확인할 수 없다. 그러나, 상기 판례들을 통해서 확인할 수 있는 것은 법원이 기본적으로 신탁 재산의 특정 여부의 문제가 당사자만이 아닌 제3자에게도 미치는 점을 감안하여, 특정성의 충족 여부의 판단에 있어서 엄격한 태도를 가지고 있다는 점이다.

⁵¹⁶ Boyce v Boyce (1849) 60 ER 959

⁵¹⁷ Palmer v Simmonds (1854) 2 Drew 221

이와 같은 위탁자의 다른 재산과의 구별에서의 신탁재산의 특정 문제는 우리법에서도 친숙한 문제로 볼 수 있다. 이는 매매에서의 대상물의 확정과 유사한 문제로 볼 수 있기 때문에, 상기의 영미 판례들의 기본 취지만을 우리법의 실정에 맞게 적용하면 실무적으로도 큰 문제는 없을 것으로 판단된다.

다. 수탁자의 고유재산과의 구별

위와 같은 신탁재산의 특정 요건은 사후적으로 신탁의 성립을 확인하는 단계에서는 조금 다른 형태가 된다. 앞서 설명하였듯이 목시 신탁과 같이 사후적으로 신탁의 성립 여부가 문제가 되는 상황에서는 이미 신탁재산은 수탁자에게 이전되어 있기 때문에 신탁재산을 위탁자의 다른 재산과 구별하는 것보다 수탁자의 고유재산과 구별하는 것이 더 문제가 될 가능성이 높다.

신탁의 설정 행위는 신탁재산을 수탁자에게 이전하는 것이고, 이를 통해 신탁재산은 수탁자에게 속하게 된다. 이러한, 수탁자에게 속한 신탁재산이 원래 수탁자가 가지고 있던 자신의 고유의 재산이나, 다른 신탁의 수익자를 위한 자산과 혼장되어 구별되지 않는(not identifiable) 경우에는, 법원의 시각에서는 어느 것이 수탁자의 고유 재산이고, 어느 것이 대상 신탁재산인지 구별할 수 없어서, 특정 신탁재산에 대한 신탁 의무의 이행을 지시할 수 없게 되고, 이는 신탁의 불성립으로 이어질 수 있다. 더군다나, 수탁자의 일반채권자의 입장에서는 ‘구별되지 않는 신탁재산’을 수탁자의 일반채권자에 대한 책임 재산으로 오인할 가능성이 높기 때문에 신탁재산의 구별은 거래의 안정성을 위해서도 중요해진다.

이와 관련한 주요 판례인 *In re London Wine Co. (Shippers) Ltd.*⁵¹⁸를 살펴보면, London Wine Co. (Shippers) Ltd.(LWC)는 와인을 취급하는 회사이고, 구매자가 투자나 구입 후 보관을 원하는 경우 돈을 받고, 와인은 자신들이 보관한 채로 자신들의 재고 기록에 일련 번호와 해당 와인의 저장 장소를 기록해 두었다. 와인들은 특정 구입에 따라 분리되지 않았고, 한데 모여 있는 상태로 보관되었고, 현재 LWC 가 보유하고 있는 와인들에서 판매된 것인지, 향후 LWC 가 와인을 구입해 오는 것인지도 명확히 확인되지 않은 부분이 있었으며, LWC 는 구매자에게 해당 와인의 유일한 수익적 소유자(sole and beneficial owner)임을 확인해주는 문서를 제공했다. 해당 와인의 판매 계약은 와인이 구매자에게 귀속되고, 판매자는 구매자를 위해서 보관하는 것으로 되어 있었다. LWC 의 대출 은행은 이러한 와인들에 대해서 유동 담보권을 가지고 있었고, 1974 년 8 월 은행은 LWC 에 대한 파산 관제절차를 진행하면서 관재인을 임명하였다. 이에 와인투자자들은 LWC 가 보관하고 있는 와인에 대한 신탁의 성립을 주장하였다.

이에 대해서 Oliver J 는 돈과 같은 동일 종류의 자산에서 대상의 확정 문제가 크게 중요하지 않다는 사실은 인식할 수 있지만, 신탁이 성립하기 위해서는 수익자의 이익뿐만이 아니라 신탁의 대상도 확정되어야 한다고 하며, LWC 가 보관하고 있는 와인에 대한 권리를 주장한 원고들에 대해서, 개별적인 창고에 인식될 수 있게 분리 보관된 와인들에 대해서만 신탁 수익자에 대한 권리를 인정할 수 있다고 판시하였다.

상기 판례에 따르면, 당사자들의 신탁 설정 의사가 있었던 것으로 추정된다고 하더라도, 신탁재산과 수탁자의 고유재산 그리고, 다른 수익자의 신탁재산이 혼재되어 해당 수익자의 신탁재산이 인식될 수 없는 경우에는 신탁재산이 특정되지 않아서 신탁이 성립하지 않는다고 한다. 그리고,

⁵¹⁸ *In re London Wine Co. (Shippers) Ltd.* [1986] P.C.C. 121

이러한 판례의 태도는 수탁자에게 신탁재산의 분별관리 의무가 부과되는 이유를 잘 설명해준다.⁵¹⁹

3. 수익자의 확정(신탁 목적의 확정)

신탁 목적의 확정은 신탁의 수익자가 충분히 인식될 수 있도록 확정되어야 함을 요구하는 요건이다. 이러한 요건은 수익자의 확정으로 불리기도 한다.⁵²⁰

앞서 설명하였듯이 영국 신탁법에서 신탁의 핵심은 신탁의 재산을 신탁의 목적(수익자)에 따라 수탁자가 관리하도록 법원이 강제하는 것이다. 이때 수익자가 존재하지 않거나 확정되지 않을 경우에는 법원은 수탁자의 의무를 정의하거나 강제할 수 없고, 이는 신탁이 성립하지 않는 것이 된다.

예를 들어 ‘나의 가족 구성원이나 나의 친구’라는 유언의 경우에는 ‘나의 가족 구성원’이나 ‘나의 친구’라는 것만으로 수익자를 확정할 수 있는지가 문제가 된다.⁵²¹ 이때 확정의 여부는 특별한 단어나 일정 수준 이상의 세부적인 요건에 따라 결정되는 것이 아니라, 개별 상황에서 수탁자가 수익자임을 주장하는 자가 수익자에 속하는지를 결정할 수 있는지

⁵¹⁹ 분별관리 의무에 대해서는 제 5 장에서 설명하도록 한다.

⁵²⁰ 신탁 목적의 확정성은 수익자 원칙(beneficiary principle)을 포함하는 의미로도 확대되기도 한다. 수익자 원칙은 공익신탁이 아닌 경우에는 1명 이상의 수익자가 있어야만 한다는 원칙이다. GARTON ET AL., *supra* note 3. at 137; 수익자 원칙에 대해서 좀더 자세한 논의는 MCFARLANE AND MITCHELL, *supra* note 3. at 11855

⁵²¹ In Re Barlow's Will Trusts, [1979] 1 W.L.R. 278.

여부에 따라 달라진다.⁵²² 따라서, 수익자 그룹에 대한 설명이 너무 일반적인 단어로 되어 있다고 하더라도, 상황의 구체적인 특성 상 수탁자가 대상의 수익자 해당 여부를 판별할 수 있다면, 수익자가 확정되었다고 볼 수 있다.⁵²³

이와 같은 원칙은 수탁자가 일정한 집단에서 수익자를 결정할 수 있는 재량을 가지고 있는 재량 신탁에서도 기본적으로는 적용된다고 할 것이다.⁵²⁴

4. 미국 신탁에서의 세 가지 필수요소 확정성

미국 신탁의 경우에도 영국 판례에 따른 세 가지 필수요소 확정성 요건을 법령과 주요 문헌들에서 모두 받아들이고 있다.

통일신탁법전 SECTION 402.⁵²⁵ 신탁 설정 요건(REQUIREMENTS FOR CREATION)에서 의사신탁 설정을 위한 요건들을 설명하고 있다.

SECTION 402 는 기존의 Restatement (Third) of Trusts 와 Restatement (Second) of Trusts 의 관련 조항들을 참조하여 만들어진 것이

⁵²² 이를 수익자 해당 여부 판단 가능 테스트 (is or is not test)라고 한다. 해당 테스트를 제안한 것은 Lord Denning in Re Gulbenkian's ST [1968] Ch. 126 at 134

⁵²³ 반대 사례로 “유대교적 믿음과 혈통”(Jewish faith and parentage)으로는 수탁자가 확정되지 않았다고 판시한 경우도 있다. Clayton v Ramsden [1943] A.C. 320

⁵²⁴ 다만 재량 신탁의 경우에는 수익자가 확정된 확정 신탁의 경우보다는 위탁자의 의사와 신탁의 취지에 따라 보다 넓게 그 확정 여부가 판단되어야 할 것이다.

⁵²⁵ 이하 본 논문에서는 ‘SECTION 402’라고 한다.

다.⁵²⁶ 이를 앞서 설명한 영국 의사신탁의 설정 조건들과 대비하여 설명하면, 우선 Subsection (a)에 따르면 위탁자는 (1) 신탁 설정 능력이 있어야 하며, (2) 신탁 설정 의사를 표시해야 하고, (3) 명확한 수익자 또는 목적(자선이나 동물 등)이 있어야 하고, (4) 수탁자가 수행할 의무가 있어야 하며, (5) 유일한 수탁자가 동시에 유일한 수익자와 동일인이어서는 안된다고 규정하고 있다. 그리고 Subsection (b)와 (c)는 수익자 확정성의 조건을 설명하고 있다.⁵²⁷

Scott 과 Sitkoff 를 비롯한 주요 저서들에서도 신탁 설정을 위한 조건으로 ① 위탁자의 신탁을 설정하려는 의사와 ② 확정 가능한 수익자(또

⁵²⁶ STATE, *supra* note 112. at 60-61

⁵²⁷ UNIFORM TRUST CODE

SECTION 402. REQUIREMENTS FOR CREATION.

(a) A trust is created only if:

- (1) the settlor has capacity to create a trust;
- (2) the settlor indicates an intention to create the trust;
- (3) the trust has a definite beneficiary or is:
 - (A) a charitable trust;
 - (B) a trust for the care of an animal, as provided in Section 408; or
 - (C) a trust for a noncharitable purpose, as provided in Section 409;
- (4) the trustee has duties to perform; and
- (5) the same person is not the sole trustee and sole beneficiary.

(b) A beneficiary is definite if the beneficiary can be ascertained now or in the future, subject to any applicable rule against perpetuities.

(c) A power in a trustee to select a beneficiary from an indefinite class is valid. If the power is not exercised within a reasonable time, the power fails and the property subject to the power passes to the persons who would have taken the property had the power not been conferred.

는 목적), 그리고 ③ 특정한 재산을 요건으로 설명하고 있다.⁵²⁸ 따라서, 미국 신탁법의 주요 문헌들에서도 용어적으로는 영국 저서들에서 사용하는 ‘세 가지 필수요소의 확정성 요건’이라는 용어를 사용하지 않는 경우도 있으나, 표현이 다를 뿐 같은 내용의 요건을 신탁의 성립 요건으로 설명하고 있다고 보아야 할 것이다.

관련 판례들의 경우 신탁법 리스테이트먼트와 신탁 통일 법전의 존재로 인해서 일정 부분은 성문법 국가스러운 성향을 보이고도 있고, 주별로도 판례의 성향 차이를 보이고는 있다. 그러나, 확정성 요건의 구체적인 내용에 대해서는 영미 모두 관련 문헌⁵²⁹과 판례에서 영국의 Paul v Constance, Re Kayford, Hunter v Moss 등의 주요한 판례를 논의의 기준으로 제시하고 있어서, 큰 원칙에 있어서는 같은 방향성을 보여주고 있다.

따라서, 3 가지 필수요소의 확정성 요건에 있어서는 영국의 논의를 중심으로 미국의 요건을 이해해도 큰 무리는 없다.

5. ‘세 가지 필수요소의 확정성’ 이해의 주의점

가. 한계

위의 ‘세 가지 필수요소의 확정성 요건’이 의사신탁 성립을 위한 모든 요건을 포괄하고 있는 것도 아니며, 뒤에서 자세히 살펴보겠지만 각 확정성 요건이 제시하는 의사신탁 성립을 위한 객관적인 요소들의 범위와 종류가 사안별로 조금씩 다른 부분도 있기 때문에 이를 ‘정확하게 열거

⁵²⁸ SCOTT, FRATCHER, AND ASCHER, *supra* note 26. at 140-142; DUKEMINIER AND SITKOFF, *supra* note 107. at 400

⁵²⁹ 판례에서 많이 인용하는 신탁법 리스테이트먼트와 Scott 의 저서 또한 영국 주요 판례의 영향을 받았다.

된 요건’으로 이해해서는 안 된다. 단지 광범위한 영국 신탁의 ‘의사신탁 설정 요건’을 이해하기 위한 기준으로만 받아들여야 한다.⁵³⁰

나. 시대에 따른 변화: 원칙과 예외

또한 영국 신탁의 성립 요건들이 모든 의사신탁 사례에 일관되게 적용되는 것은 아니라는 점을 주의해야 한다. 주로 빅토리아 시대의 판례의 경우에는 명확한 규정과 원칙 아래 의사신탁의 성립을 판단하는 경향이⁵³¹ 지배적이었지만, 이후에는 반대로 사실 관계의 특수성으로 인하여 신탁 성립에 관한 엄격한 규정을 적용할 경우에는 불공평한 결과가 초래될 수 있을 사안들의 경우에는 기존의 규정을 적용하지 않거나 변용한 경우들도⁵³² 적지 않게 나타나고 있다.⁵³³

이 때 이 중 어느 한 쪽을 원칙으로 보고 반대편을 단순히 예외로 판단하는 것은 신탁의 가장 중요한 원칙에 대한 오해일 수 있다. 형평법의

⁵³⁰ 동지의 내용으로 GARTON ET AL., *supra* note 3. at 136-138

⁵³¹ 대표적인 판례로는 *Morice v Bishop of Durham* (1805) 10 Ves 522; [1803] All ER Rep 451 (LC); affirming (1804) 9 Ves 399, *Knight v Knight* (1840) 3 Beav 148

⁵³² 예를 들어 법에 의해 부동산에 대한 신탁은 서면에 의한 설정을 요구함에도 불구하고, “수탁자로서 토지를 이전 받은 사람이 신탁의 성립을 부정하고 토지에 대한 권리를 주장하는 것은 사기(fraud)에 해당한다”고 판시하면서, 구두 증거를 인용하여 서면에 의한 설정이 없음에도 의사신탁의 성립을 인정한 판례로는 *Rochefoucauld v Boustead* [1897] 1 Ch 196; 파산한 금융기관이 보관하고 있던 대상 재산이 분별 관리되고 있지 않았더라도(신탁 재산의 확정성 요건의 충족 여부가 명확하지 않은 상황에서), 금융 소비자 보호의 취지에서 신탁의 성립을 인정한 판례로는 *Lehman Brothers International (Europe)(In administration)v CRC Credit Fund Ltd* [2012] UKSC 6, [2012] Bus LR 667

⁵³³ HUDSON, *supra* note 3. at 288-295

중요한 원칙(Maxim)은 형평법을 악용하여 이익을 얻는 것이 허용되어서는 안된다는 것(equity not being used as an engine of fraud)이기 때문이다.

즉 의사신탁의 성립을 위한 요건들을 존재하지만, 그러한 요건이 엄격하게 적용될 경우 오히려 불공평한 결과가 초래될 가능성이 있다면 해당 원칙이 적용되지 않거나 변용될 수 있다는 것 자체 또한 신탁과 형평법의 중요한 원칙이다.

다. 필수요소 간의 상호 연관성

이와 같은 확정성 요건의 대상인 세 가지 필수요소들은 의사신탁의 유효한 설정을 위한 필수요소이기 때문에 동시에 신탁의 정의와 연결되는 의미를 가지고 있기도 하며, 일견 독립된 요소들로 보이기도 한다. 그러나 실상은 긴밀히 연결되어 있는 요소들이다. 예컨대 신탁재산의 확정성 문제는 신탁 설정 의사가 표현된 단어의 의미를 통해서 확인될 수 있고, 이와 동시에 신탁재산의 확정 여부 문제를 통해서, 당사자가 신탁 설정을 의도하였는지를 확인하는 방법으로도 가능한 것이다.⁵³⁴

III. 우리 신탁법에서의 신탁 성립을 위한 중요 내용

1. 신탁법 제 2 조의 주요 내용

우리 신탁법 제 2 조와 제 3 조의 내용을 중심으로 한 요건들을 영국 신탁과 비교해보자. 신탁 설정의 기본 방법에서 신탁재산의 이전이 신탁의

⁵³⁴ 동지의 판시 내용으로는 Sir Arthur Hobhouse in *Mussoorie Bank v Raynor* (1882) 7 App Cas 321 at 333, GARTON ET AL., *supra* note 3. at 137-138

내용인 것과 ⁵³⁵ 계약을 신탁 설정 방법으로 요구하는 것에서는 차이가 있으나, 이는 법체계의 차이에 의한 형식적인 차이에 불과하다. 이러한 차이를 제외하면, 신탁 설정의 내용인 제 2 조에서는 영국 신탁에서 의사신탁의 성립을 위한 요소로 확인하는 ‘세 가지 필수요소의 확정성’ 중 2 가지 요소들은 명시하고 있다.

우리 신탁법 제 2 조는 신탁을 ‘특정의 재산’을 이전하고, ‘수익자의 이익 또는 특정의 목적을 위하여’ 수탁자에게 의무를 부과하는 관계라고 정의하고 있고, 동법 제 3 조 제 1 항 제 3 호에서는 신탁선언 방식의 신탁 설정의 경우에는 ‘신탁의 목적, 신탁재산, 수익자 등을 특정’하고 선언할 경우 신탁이 설정된다고 명시하고 있다. 따라서 우리 신탁법도 신탁재산의 확정성과 신탁 목적의 확정성에 대응하는 내용들을 갖추고 있는 것으로 평가할 수 있다.

다만 ① 우리 신탁법 제 2 조와 제 3 조에서 규정하는 신탁재산의 특정과 신탁의 목적의 내용과 범위에 대해서는 신탁법 규정만으로는 구체적인 내용을 확인하기 어려우며, ② 이러한 요건의 일부가 결여되거나 특정되지 않는 관계에 대해서도 신탁이 성립할 수 있는지, ③ 신탁법 제 2 조와 제 3 조의 내용이 신탁 설정을 위한 요건이라면 해당 규정에서 명시하지 않은 신탁 설정의사를 신탁 설정을 위한 요건으로 봐야하는 것인지 등에 대해서는 명확한 논의가 이루어지지 않았다.

2. 신탁 재산의 특정

신탁 재산의 특정 여부가 우리 신탁법상 신탁 성립을 위한 요건에 해당하는 중요 내용인지에 대해서는 몇 가지 이견이 존재한다. 신탁 성립 요건에 해당하지 않는다는 견해로는, 신탁 재산의 특정에 대해서는 우리

⁵³⁵ 앞서 설명하였듯이 영국 신탁에서는 신탁 설정 행위와 신탁재산의 이전이 분리되어 있지 않기 때문에 이를 설정의 내용으로 설명하지는 않는다.

신탁법상의 신탁은 계약이나 유언으로 성립하기 때문에 신탁재산이 없는 신탁의 성립도 가능하고, 특정성 요건이 충족되지 않아서 신탁재산이 형성되지 않더라도 추후에 제3자나 위탁자가 출현할 수 있기 때문에 신탁 성립에 영향이 없다는 견해가 있다.⁵³⁶ 일본의 견해로는 신탁재산의 특정은 원칙적으로 신탁설정행위의 유효요건이 아니라, 대상 목적물을 신탁재산에 귀속하기 위한 요건에 지나지 않는다는 견해⁵³⁷가 있다.

하지만 위와 같은 견해는 신탁 재산의 현존, 이전과 신탁 재산의 특정을 혼동한 견해로 보인다.

매매 대상물의 특정과 관련하여 판례는⁵³⁸ “매매는 당사자 일방이 재산권을 상대방에게 이전할 것을 약정하고 상대방이 대금을 지급할 것을 약정함으로써 효력이 발생하는 것이므로 매매계약은 매도인이 재산권을 이전하는 것과 매수인이 대가로서 대금을 지급하는 것에 관하여 쌍방 당사자의 합의가 이루어 짐으로써 성립하는 것이며, 그 경우 매매목적물과 대금은 반드시 계약체결 당시에 구체적으로 특정할 필요는 없고 이를 사후에라도 구체적으로 특정할 수 있는 방법과 기준이 정하여져 있으면 족하다.”⁵³⁹고 하고 있다.

⁵³⁶ 이중기, *전제서* 119. 99 면

⁵³⁷ 新井 誠, *supra* note 33. at 342 재인용

⁵³⁸ 신탁을 유상·쌍무계약으로 본다면 매매에 대한 기존의 민법 법리를 참조할 필요가 있다. 이와 관련된 판례로 “가등기담보약정은 채무자가 본래의 채무를 이행하지 못할 경우 채권자에게 담보목적물의 소유권을 이전하기로 하는 예약으로서 유상계약인 쌍무계약적 재산권이전약정에 해당하므로 그 성질에 반하지 않는 한 매매에 관한 민법 규정이 준용된다 할 것(민법 제 567 조)”, 대법원 2001. 2. 27 선고 2000 다 20465 판결

⁵³⁹ 대법원 2009. 3. 16 선고 2008 다 1842 판결, 대법원 1993. 6. 8. 선고 92 다 49447 판결, 대법원 2001. 3. 23. 선고 2000 다 51650 판결 등 참조

이를 반대 해석하면 최소한 매매목적물이 특정할 수 있는 방법이나 기준이라도 정해져 있지 않다면 매매계약은 성립하지 않는다고 것이고, 특정의 시기와 관련하여서는 “매매계약에 있어서의 목적물 및 대금은 특별한 사정이 없는 한 그 계약체결 당시에 약정하였던 목적물 및 그 대금이어야 하고, 사후에 특정되는 목적물이나 대금은 계약체결 당시에 예정하였거나 사후기준을 정하였을 경우에 한하여 그 기준이 된다.”⁵⁴⁰고 하여 계약 체결시에 기준이 정해져 있어야 한다고 판시하고 있다.

신탁은 신탁재산을 신탁의 목적에 따라 수탁자가 관리하게 하는 의무를 부과하는 것이다. 대상 재산이 현재 특정되어 있지 않고 앞으로도 특정될 수 없다면 그러한 신탁에 대해서는 수탁자의 의무의 범위를 규정할 수가 없다. 또한 앞서 설명하였듯이 신탁 재산이 이전되어야 신탁 재산과 관련한 신탁 성립의 효과가 발생하는 것을 감안한다면, 신탁의 설정에 있어서 신탁재산은 매매에 있어서 매매의 목적물과 마찬가지로 볼 수 있을 것이다.

신탁 재산이 현존하지는 않지만 현재의 신탁계약의 내용을 통해서 향후 출연이 예정되어 있거나, 미래에 특정이 가능하다면 이는 신탁 재산이 특정(확정)된 것에 해당한다. 하지만 신탁계약의 내용으로 미래에도 대상 재산을 확정할 수 없다면 해당 계약은 성립하지 않는 것으로 보는 것이 옳다.⁵⁴¹

앞선 영국에서의 논의에서와 마찬가지로, 신탁 재산이 확정되지 않는다면 제 3 자에게 불측의 손해를 야기시키거나, 수탁자의 재량이 너무 확대될 것일 수 있다. 신탁상 의무 범위를 단순히 수익자나 수탁자의 재량에 맡기는 경우 이는 이해상충의 가능성이 너무 높아서 문제가 된다.

⁵⁴⁰ 대법원 1986. 2. 11 선고 84 다카 2454 판결

⁵⁴¹ 기존의 계약 내용을 변경하거나 새로운 계약을 체결하여 신탁 재산을 특정하는 것은 기존 계약의 성립 여부와는 무관한 것으로 보아야 할 것이다.

따라서 우리 신탁법에서도 신탁재산이 특정(확정)되지 않을 경우에는 신탁이 성립하지 않는 것으로 판단할 필요성이 있다.⁵⁴²

3. 수익자의 확정(신탁 목적의 확정)

수익자의(목적) 확정성에 대해서는 국내의 주류 견해는 우리 신탁법 또한 영국 신탁과 동일한 의미의 신탁 목적의 확정성을 요건으로 하고 있다고 본다. 이러한 신탁 목적이 확정되지 않을 경우에는 수탁자의 신탁 재산에 관한 관리 처분권한의 범위를 설정할 수 없고,⁵⁴³ 그 목적의 달성 여부를 판단하기 어려워지므로 법률행위에 관한 사법상 일반원칙에 따라 신탁설정행위가 무효로 될 것이라고 보고 있다.⁵⁴⁴

위와 같은 의견은 타당한 견해다. 우리 신탁법 또한 영미 신탁과 마찬가지로 수탁자, 신탁관리인, 수익자의 의무와 권한을 신탁의 목적에 따라 규정하고 있으므로,⁵⁴⁵ 만약 수탁자나 신탁의 목적이 특정되지 않을 경우에는 ‘신탁의 목적에 따라 수탁자에게 의무를 부과하는’ 신탁 자체가 작동하지 않게 되는 것으로 보아서 신탁이 성립하지 않는 것으로 보아야 할 것이다.

⁵⁴² 최수정은 이를 신탁의 효력 요건으로 설명하고 있다. 최수정, *전제서* 67.

⁵⁴³ 이증기, *전제서* 141. 54 면

⁵⁴⁴ 신탁법 해설, *supra* note 34. 61-62 면, 동지의 내용으로 최수정, *전제서* 67. 108-110 면 다만 최수정은 신탁 목적(수익자)의 확정성을 효력요건이라고 설명하고 있으나, 앞서 설명하였듯이 성립요건과 실질적인 큰 차이는 없다.

⁵⁴⁵ 예컨대 신탁법 제 5 조 제 2 항은 신탁의 목적이 위법하거나 불능인 신탁은 무효로 하고 있고, 제 68 조는 신탁관리인은 수익자의 이익이나 목적신탁의 목적 달성을 위하여 행위를 할 수 있다고 하고 있다. 또한 제 75 조는 수탁자가 신탁의 목적을 위반하여 신탁재산에 관한 법률행위를 한 경우 수익자는 그 법률행위를 취소할 수 있다고 규정하고 있다.

만약, 수익자나 신탁의 목적이 확정되지 않는다면, 이는 수탁자에게 아무런 의무를 부여하지 않고 재산을 증여한 것이나 마찬가지가 되어서, 이를 신탁으로 보아야할 이유는 없을 것이다.

IV. 소결

우리 신탁법은 신탁의 성립을 위해서 신탁재산과의 특정과 수익자의 확정을 요구하고 있다. 해당 요건의 구체적인 사안에서의 확정 여부의 판단 기준에 대해서는 좀더 사례가 축적이 되어야 하겠지만, 기존의 매매 목적물의 특정이나, 제 3 자를 위한 계약에서의 수익자의 특정 등의 사례를 감안하면, 앞서 논의한 영미 사례에서의 논의를 충분히 참조할 수 있을 것으로 생각된다.

당사자의 신탁 설정 의사의 확정성에 대해서는 우리 신탁법에서는 신탁 구성의 요소로 직접적으로 설명하지 않고 있다. 영미 신탁에서 의사 신탁과 법정신탁의 가장 큰 차이는 당사자의 신탁 설정 의사의 유무이고, 명시적 의사신탁과 묵시적 의사신탁의 차이는 신탁 설정 의사의 표시 방법의 차이이다. 만약 우리 신탁법에서 신탁 설정 의사를 설정의 요건으로 하고 있지 않다면 영미신탁을 기반으로 묵시적 의사 신탁을 설명하는 것은 매우 어렵게 된다.

第 4 節 신탁 설정 의사

I. 신탁 설정 의사의 정의와 요부

1. 우리 신탁법에서의 신탁 설정 의사 요부

가. 기존의 논의

우리 신탁법에서 의사신탁의 유효한 설정을 위해서 신탁 설정 의사가 요구되는 것인지에 대해서 검토함에 있어서 우선 확인해야하는 것은 신탁 설정 의사가 법에 의해서 요구되는지 여부이다.

앞서 설명하였듯이 영국 신탁은 판례에서 신탁 설정 의사의 확정을 요구하고 있으며,⁵⁴⁶ 미국 신탁의 경우에도 통일 신탁법전에서 신탁 설정 요건으로 위탁자가 신탁 설정 의사를 나타낼 것을 요구하고 있다.⁵⁴⁷

그러나 우리 신탁법 제 2 조는 신탁 설정 의사를 신탁의 구성 요소로 직접적으로 명시하고 있지는 않으며, 동법 제 3 조의 설정 방법도 계약과 유언과 관련하여 특별한 요건을 규정하지 않고 있다. 또한 이와 관련하여 신탁에서 명시하지 않은 일반적인 규정에 대해서는 민법을 따르도록 되어 있을 뿐이기⁵⁴⁸ 때문에, 오직 신탁법의 조문만으로는 신탁 설정 의사의 요부를 정확히 판단하기 어려운 측면이 있다.⁵⁴⁹

⁵⁴⁶ Knight v Knight (1840) 3 Beav 148, wright v Atkiyns(1823) Turn & R 143, Re Kayford [1975] 1 All ER 604

⁵⁴⁷ UNIFORM TRUST CODE

SECTION 402. REQUIREMENTS FOR CREATION.

(a) A trust is created only if:

(2) the settlor indicates an intention to create the trust;

⁵⁴⁸ 신탁법 해설, *supra* note 34. 26-29 면

⁵⁴⁹ 다만 신탁법 제 6 조의 소송을 목적으로 하는 신탁의 금지와 제 8 조의 사해 신탁의 취소는 해석에 따라서는 영국 신탁의 판례에서 신탁의 외관을 이용하는 가짜 신탁(sham)을 금지하는 규정으로 해석할 여지가 있다.

일본 개정 신탁법 제2조에도 신탁 설정 의사가 요건이나 요소로 명시되어 있지 않아서,⁵⁵⁰ 우리 신탁법과 동일한 문제를 가지고 있다. 이에 대한 명확한 해답이나 이를 정리한 판례는 아직 찾기 어려우나, 대체적인 학계의 의견은 의사신탁의 설정 시에는 신탁 설정 의사를 요구하고 있는 것을 전제로 논의하고 있다.⁵⁵¹ 특히 계약에 의한 의사신탁의 설정을 위해서는 당사자 간의 의사 합치의 대상으로 신탁의 설정에 대한 의사가 있어야 한다고 판단하고 있는 것으로 보인다.⁵⁵²

이와 관련한 한국에서의 논의도 일본과 유사한 형태로 이루어지고 있다. 이재욱, 이상호는 명시적으로 신탁 설정을 위해서는 위탁자가 특정의 재산권에 관하여 신탁을 설정하려는 의사표시를 하는 것이 필요하다고 설명하고 있으며,⁵⁵³ 다른 의견들 또한 명시적으로는 아니더라도 신탁 설정 의사가 요구되는 것을 전제로 논의를 진행하고 있다.⁵⁵⁴

나. 민법을 통한 판단

신탁법 자체에는 신탁 설정 의사를 명시적으로 요구하고 있지 않기 때문에 신탁법에서 신탁 설정 방법의 기본으로 명시하고 있는 계약과 관련한 민법의 규정에서 신탁 설정 의사를 요구하고 있는지 확인할 필요가 있다.

⁵⁵⁰ 일본 개정 신탁법 제2조에도 신탁 설정 의사가 요건이나 요소로 명시되어 있지 않다.

⁵⁵¹ 기존 일본 학자들의 신탁 설정 의사 요부에 대한 의견을 정리한 것으로는 杉浦宣彦 AND 徐熙錫, *supra* note 444. at 20-24

⁵⁵² 四宮和夫, *supra* note 7. at 106; 道垣内弘人, *最近信託法判例批評(9·完)*, 1600 金法 81 (2001). at 84; 信託法セミナー (1) 信託の設定・信託財産, *supra* note 429. at 53-60; 杉浦宣彦 AND 徐熙錫, *supra* note 444. at 20-22

⁵⁵³ 이재욱, 이상호, *전제서* 350.

⁵⁵⁴ 정순섭, *전제논문* 241; 이중기, *전제서* 141; 최수정, *전제서* 67.

민법 제 105 조(임의규정)에 따르면, 법률행위의 당사자가 법령 중의 선량한 풍속 기타 사회질서에 관계없는 규정과 다른 의사를 표시한 때에는 그 의사에 의한다고 규정하고 있어서, 우리 민법은 법률행위에서의 당사자 의사주의를 명확히 선언하고 있다.

이에 따라 법원은 당사자의 의사와 의도를 중심으로 한 법률행위의 해석을 통해서 대상 행위의 성립을 검토하는 것을 원칙으로 하고 있다.⁵⁵⁵ 앞서 설명하였듯이 계약의 성립을 위해서 계약 내용의 본질적 사항이나 중요 사항에 관하여는 구체적으로 의사의 합치를 요구하고 있는 것이다.⁵⁵⁶

‘신탁 설정 계약’은 신탁의 설정을 목적으로 하는 것이고, 이러한 신탁의 설정은 해당 계약의 특정 내용임과 동시에 계약의 본질적이며 중요 사항에 해당할 것이다. 따라서 신탁 설정 계약이 성립되기 위해서는 ‘신탁의 설정을 목적인다는’ 중요 사항에 대한 당사자들의 의사 합치가 있어야만 할 것이다.

다. 신탁 설정 의사 확인의 필요성

(1) 신탁의 외형적 구조의 유사성

다른 신탁과 차별화되는 의사신탁의 가장 주요한 특징은 신탁 의무를 발생시키는 관계를 설정하고자 하는 당사자 의사의 존재이다.⁵⁵⁷ 이는 비단 의사신탁을 다른 신탁으로부터 구별하기 위해서뿐만이 아니라, 당

⁵⁵⁵ 법률행위 해석의 대상은 의사의 표시행위이다. 남효순, *supra* note 19. 148면

⁵⁵⁶ 대법원 2017. 10. 26. 선고 2017 다 242867 판결【손해배상(기)】, 대법원 2001. 3. 23. 선고 2000 다 51650 판결【채권양도통지절차이행촉구】

⁵⁵⁷ 동지의 논의로 GARTON ET AL., *supra* note 3. at 179

사자가 설정하고자 하는 것이 증여 등의 다른 행위가 아닌 신탁이라는 사실을 확인하기 위해서도 필요하다. 이는 증여와의 관계만의 문제는 아니다. 대상 재산이 다른 사람에게 이전 등의 처분이 이루어지는 모든 법률관계는 신탁의 설정과 그 형식을 같이 하는 것으로 볼 수 있다.

예컨대 A가 B의 계좌로 돈을 입금하고, B가 이 돈으로 투자를 하고, A와 B의 약정에 따라 B가 일정한 금원을 A에게 지급하는 경우를 가정해보자. 이는 단순한 대출일 수도 있고, 투자일 수도 있으며, A가 위탁자 겸 수익자이고 B가 수탁자인 신탁이 성립된 것으로 볼 수도 있다.⁵⁵⁸

이뿐만이 아니라, 물건 구입을 위해 선지급된 대금이나⁵⁵⁹ 은행 예금,⁵⁶⁰ 파트너십 계약에 따라 공동의 이익을 위해 보관하기로 한 이익금⁵⁶¹ 등은 모두 ① 특정 목적을 위해서 ② 재산의 이전이 이루어진 것이다. 그러므로 사안에 따라 신탁이 성립될 수도 있는 것이다.

즉 신탁재산의 이전은 그 외형적 형식으로만 보면 증여나 매도 또는 임대로도 보일 가능성이 있으며, 수익자의 권리도 권리가 아닌 단순한 수탁자의 재량의 대상으로 보일 수 있다. 따라서 당사자가 신탁 설정 의사를 표시하지 않는 한 신탁 성립 여부는 항상 문제가 될 수밖에 없고, 이

⁵⁵⁸ 위와 같은 논란의 근래 사례로는 *Giles and others v Westminster Savings Credit Union and others* 2006 BCSC 141 투자회사가 투자자들에게 매년 고정된 투자 수익을 약속하고 투자금을 받았다. 일부 투자자는 특정 자산에 대한 투자를 요청했고, 일부 투자자는 회사의 재량에 맡겼다. 그들의 투자 계약에는 투자자들의 투자금을 분별관리하기로 한 내용이나 투자금으로 구입한 자산을 다른 목적의 담보로 사용해서는 안된다는 조항은 없었다. 이후 투자회사가 파산하자 투자자들이 신탁의 성립을 주장한 사례

⁵⁵⁹ *Re Kayford* [1975] 1 WLR 279.

⁵⁶⁰ *Brazzill v Willoughby* [2009] EWHC 1633 (Ch), [2010] 1 BCLC 673.

⁵⁶¹ *Don King Productions Inc v Warren*. [1998] 2 All ER 608, per Lightman J; affirmed [2000] Ch 291, CA.

는 나아가 법원의 수탁자에 대한 효율적인 관리에 지장을 줄 것이라는 점도 신탁 설정 의사를 요구하는 근거가 될 수 있을 것이다.

(2) 신탁 설정의 어려움

실무적인 측면에서 검토하더라도 계약에 의한 신탁 설정의 경우 신탁 설정 의사가 당사자간의 의사 합치의 대상으로 존재하는 것이 옳다. 유언의 경우에도 형식은 일방적 행위라고 하더라도 실제 유언의 집행·상속과 관련해서는 당사자간의 이해 충돌을 방지하는 차원에서 신탁 설정 의사를 요구하는 것이 타당하다고 본다. 이는 ‘신탁’이 단순히 증여나 매수 처럼 일상 생활에서 반복되고, 1~2 번의 행위로 완료되는 것이 아닌 복합적인 관계이기 때문에 당사자가 쉽게 일상적으로 정의하거나 구별하는 것이 쉽지 않기 때문이기도 하다.⁵⁶²

이러한 의사신탁을 유효하게 설정하지 못하거나 신탁을 명시적으로 표시하지 못하는 일은 신탁을 이해하지 못하는, 또는 신탁과 다른 법률행위를 구별할 수 있는 능력이 없는 비전문가들에게만⁵⁶³ 일어나는 일로 추측할 수도 있지만, 실상은 그렇지 않다. 전문가인 변호사 집단이 의사 신탁의 유효한 설정에 실패한 경우도 있으며,⁵⁶⁴ 단순히 가족 재산 문제

⁵⁶² 현재의 법률관계가 신탁에 해당하는지 아닌지를 구별하는 것은 영미의 변호사들에게도 쉬운 일이 아니라고 한다. 동지의 논의로 SCOTT, FRATCHER, AND ASCHER, *supra* note 26. at 178; HUDSON, *supra* note 3. at 80

⁵⁶³ 이와 관련하여 주로 언급되는 사례인 Paul v Constance 에서는 신탁을 설정한 사실혼 배우자가 교육을 많이 받지 않은 자였다. Paul v Constance [1977] 1 WLR 527

⁵⁶⁴ “자신들이 작성하는 문서에서 자신들의 의사를 명확하게 표현할 수 있을 것으로 생각되어지는 변호사 집단이 신탁의 존재를 표시(express)하는 데에 실패

가 아닌 대규모의 변호사가 동원된 국제적인 상업 계약에서도 신탁 설정 의사의 해석이 문제가 되는 경우도 놀라울 정도로 많다.⁵⁶⁵ 참고로, 한국과 일본에서 문제가 된 사례들도 모두 기업과 금융기관 간의 전문가들 사이의 거래와 관련이 있는 사안이었다.

신탁의 기원인 유스(Use) 자체가 관습이나 법적 불이익을 피하기 위해서, 표면상의 법률 관계와는 다른 숨겨진 약속을 한 것이 시초였다. 이를 사후적으로 형평법 법원이 ‘형평과 선’을 위해서 신탁이란 법률 관계로 인식한 것이었음을 감안한다면, 신탁 설정 여부의 판단에 있어서 특정 용어의 사용이 아닌 실질적인 신탁의 설정 의사를 중시하는 것은 역사적·기원적으로도 당연한 귀결이라 할 것이다.

(3) 이해 상충으로 인한 필요성

신탁 설정 의사가 중요한 이유는 단순히 신탁이 다른 법률 관계들과 외부 형식의 유사성이 있어서 형식적 혼동을 피하기 위한 것 때문만이 아니다. 신탁 성립 여부에 따른 이해관계의 대립 때문이기도 하다.

영국 신탁에서 신탁 설정 행위의 기본적인 형식은 신탁재산의 수탁자로의 이전이고 이는 증여와 외형적인 형식에서 거의 일치한다. 따라서 선언 등을 통해서 신탁 설정 의사가 표현되지 않을 경우에는 외부적으로 증여로 오인될 수 있다. 동시에 신탁재산을 이전 받은 수탁자 입장에서는 신탁을 통한 의무 부담을 회피하고 재산에 대한 완전한 소유권을 얻기 위해서 신탁 설정을 부정하고 위탁자로부터 수탁자로의 증여를 주장

했다는 것은 너무 놀라운 일이다” Lord Brightman in *Swain v Law Society* [1982] 2 All ER 827 at 840 GARTON ET AL., *supra* note 3. at 181

⁵⁶⁵ 전문적인 변호사들이 동원된 국제 금융거래나 상업거래에서도 신탁의 표시와 대상이 문제가 되는 경우가 적지 않다고 한다. 주요 사례로는 *Don King Promotions Inc v Warren* [1998] 2 All ER 608 (aff'd [1999] 2 All ER 218, CA),

할 위험이 존재한다. 이는 앞서 설명한 초기 신탁(Use)의 기원 부분에서 주로 문제가 되었던 사정이다.

이러한 당사자들의 이해상충 문제는 현대의 신탁, 특히 금융분야의 신탁에서 주로 신탁재산의 독립성과 관련하여 좀 더 복잡한 형태로 나타난다. 신탁재산인 예금을 보관하는 수탁자인 은행은 위탁자가 도산할 경우, 신탁재산의 독립성으로 인하여 신탁재산은 위탁자의 도산으로부터 격리된다. 따라서 수탁자는 원칙적으로는 위탁자의 도산 여부와 상관없이 기존의 신탁 목적에 따라 신탁재산을 관리할 의무가 있지만, 이와 동시에 수탁자 자신의 이익을 위해서는 신탁 설정을 부정하고 신탁재산과 기존에 위탁자에 대해서 가지고 있는 채권을 상계할 유인이 있다. 이는 당사자들의 채권자들까지 감안할 경우 보다 복잡한 형태가 된다. 위탁자가 도산할 경우 위탁자의 채권자들은 설정된 신탁이 실질적인 신탁이 아닌 사해 신탁이라고 주장할 유인이 있으며, 수탁자가 도산할 경우 수탁자의 채권자들은 신탁재산을 수탁자의 책임재산에 포함시키기 위해서 신탁 설정을 부정할 유인이 있다. 한편 수익자의 채권자들은 실질적인 신탁이 설정되었음을 주장할 유인이 있다.

즉, 의사신탁의 정확하고 유효한 설정 자체가 어려울 뿐만 아니라, 설정 단계에서는 당사자들의 의사에 의해 유효하게 설정되었다고 하더라도 위탁자의 도산 등과 같은 사후적인 사건으로 각 당사자나 그 채권자들이 기존의 신탁 설정 자체를 부정할 유인이 있다. 이로 인해서 ‘당사자가 설정하고자 한 법률관계가 무엇인지’의 문제, 즉 신탁 설정 의사의 존재 여부가 문제가 될 여지가 항상 있다는 것이다.

2. 신탁 설정 의사의 정의

가. 신탁 설정 의사 정의의 문제

신탁 설정 의사는 당사자가 신탁을 설정하고자 하는 의사를 의미한다. 신탁 설정 의사의 명문의 의미는 단순하지만, 구체적으로 ‘신탁을 설정하려는 의사’가 무엇인지에 대해서는 쉽게 설명하기 어려운 점이 있다.

예컨대 매매를 하고자 하는 의사는 민법 제 563 조(매매의 의의)의 내용에 따라 ‘당사자 일방이 재산권을 상대방에게 이전할 것을 약정하고 상대방이 그 대금을 지급할 것을 약정’하고자 하는 의사라는 설명을 통해 충분히 확인가능하고 이를 통해 증여나 임대 등의 다른 행위와 구별하는 확정이 가능하다. 그러나 신탁의 경우에는 위와 같이 단순히 외형적 구조만을 설명하는 것으로는 한계가 있다.

신탁법 제 2 조(신탁의 정의)의 내용에 따라 ‘위탁자가 수탁자에게 신탁 재산의 이전 등의 처분을 하고, 신탁의 목적에 따라 수탁자 신탁재산 관리 등의 필요한 행위를 하게 하는 법률관계’를 설정하고자 하는 것이 ‘신탁 설정 의사’ 라고 설명하는 것만으로는 구체적인 상황에서 신탁 설정 의사를 판단하기가 어려울 수 있다.

당사자들이 재산 이전에 대한 의사의 합치가 있었다고 해서 신탁 설정 의사가 존재하고 있는 것으로 볼 수 있는지, 또는 ‘수탁자에게 특정한 의무를 부과하는 법률관계’를 설정하려고 하는 의사라는 것이 구체적 상황에서 어떻게 구별되고 확정될 수 있는 것인지가 명확하지 않다고 할 것이다. 그렇다면 신탁법 제 2 조의 내용을 넘어선 어떠한 특별한 행위를 하는 것을 목적해야 하는지, 또는 ‘신탁의 설정’이라는 객관적 행위가 존재하고 이를 의도해야 하는 것인지 논의해볼 수 있지만 이를 신탁법의 내용만으로는 확실히 확인하기가 어려운 면이 있다.

일본 개정 신탁법도 우리 신탁법과 비슷한 구조의 정의 조항과 설정 방법 조항을 가지고 있기 때문에 ⁵⁶⁶ 위와 같은 문제점에 대한 유사한 인

⁵⁶⁶ 일본 개정 신탁법 제 2 조에도 신탁 설정 의사가 명시되어 있지 않다.

信託法（平成十八年法律第百八号）

식과 논의가 이루어지고 있으나, 아직 이에 대해서 뚜렷하게 주도적인 의견은 존재하지 않는 것으로 보인다.⁵⁶⁷

이와 관련하여 영국과 미국의 신탁과 관련한 주요 문헌들을 살펴보면 ‘신탁 설정 의사’란 ‘신탁을 설정하려는 의사’를 의미한다고만 설명하고 있는 경우가 많다. 이에 대해 이는 단순히 동어반복일 뿐이고 실제 사례에서 신탁 설정 의사의 존재를 확인하기 위해 적용하기에는 불충분하다는 대륙법계 학자들의 불만이 있을 수 있다.⁵⁶⁸

더군다나, 앞서 살펴보았듯이 영미 신탁법에서는 신탁의 성립 요건으로 신탁 설정 의사의 확정을 요구하고 있다지만, 실상 이러한 ‘설정 의사’가 우리법에서 통상적으로 이해하는 법률행위의 설정 의사와 같은 것인지, 다르다면 어떠한 부분에서 다른 것인지도 충분히 확인되지 않았다.

따라서, 이하에서는 우선 영국법에서의 설정 의사의 의미를 파악하고, 이를 우리법에 적용할 수 있는지를 확인해보도록 한다.

나. 설정 의사(Intention to create)의 의미

영국 신탁에서 논하는 신탁 설정 의사를 이해하기 위해서는 우선 영국법에서의 ‘당사자의 설정하고자 하는 의사’(Intention to create)의 일반적인 의미를 이해해야만 한다.

당사자의 특정 법률관계 설정 의사의 존재 여부가 중요시되는 지점은 설정 단계에서의 당사자들 자신의 의사에 대한 사전적 판단이 이루어지

⁵⁶⁷ 信託法セミナー (1) 信託の設定・信託財産, *supra* note 429. at 53-60

⁵⁶⁸ 이와 같은 의견으로는 “ところが、アメリカ法の本においても、日本の四宮先生の本やその他の本においても、「信託を設定する意思とは何なのか」ということは必ずしも明快に書かれていないようです。そして、この問題は新信託法の下でもそのまま残っている問題ではないかと思います。” 道垣内, *Id.* at 54

는 영역이 아니라, 당사자 행위에 대한 법원의 사후적 해석이 이루어지는 부분이다. 즉 의사라는 말로 인해서 당사자 자신의 주관적 판단의 대상으로 오해될 수도 있으나, 실상 특정 법률 관계의 설정 의사란 제 3자인 법원에 의해서 객관적으로 해석되는 대상이다. 이는 우선 당사자가 사용한 용어들의 해석을 통해서 이루어진다.

자발적 법률 관계나 의무(voluntary relationship or obligations)와 관련하여 법원이 특정 법률관계가 유효하게 설정되었고 이에 따라 그 의도한 효과나 의무 등이 발생하는지 여부를 판단할 때, 법원은 일단 당사자가 다른 행위나 관계가 아닌 해당 법률관계를 설정하고자 하는 의사를 가지고 있었는지를 확인하게 된다. 당사자가 애당초 해당 법률관계를 설정하고자 하는 의사를 가지고 있지 않았다면 이에 따른 의무를 법원이 확인하거나 강제할 필요도 없기 때문이다.

이러한 법원의 판단은 일단 합의의 내용이 적혀 있는 문서를 중심으로 이루어지지만, 이와 동시에 합의의 목적이 가정사의 문제(domestic)인지, 상업적인 목적(commercial)을 가지고 있는 것인지, 당사자들의 관계는 무엇인지, 합의 전후 당사자들은 어떤 행동을 하였는지 등의 전반적인 배경을 종합적으로 고려하여 이루어지는 것이다. 따라서 ‘설정 의사’의 구체적인 요건이나 내용들은 주관적·절대적·보편적인 것이 아니라, 사안별로 개별적·구체적·상대적일 수밖에 없다.

당사자 甲이 A 라는 법률관계를 설정하고자 할 때 A 를 설정하고자 하는 의사는 甲의 시각에서 A 를 설정하기 위해서 필요한 요건이 무엇인지를 따지는 것이 아니라, 법원의 눈으로 봤을 때 甲이 다른 유사 법률관계인 B 나 C 가 아닌 A 를 설정하고자 하였는지를 객관적으로 구별하여 판단할 때 문제가 되는 것이다. 따라서 甲이 실제로 설정한 것이 B 에 유사한지, C 에 유사한지에 따라서 법원이 중점을 두고 살펴보게 되는 요소가 일부 달라질 수밖에 없다.

결국, ‘A 를 설정하고자 하는 의사’를 ‘무엇, 무엇을 갖추고 무엇, 무엇 행위를 하는 것’이라는 식으로 설명하는 것은 각 개별적인 상황에서 일괄적으로 적용되기 어렵기 때문에 실질에 맞지 않다. 이에 대해서는 단순히 ‘다른 그 무엇도 아닌 A 를 설정하고자 하는 의사’라고 밖에는 현실적으로 설명할 방법이 없다.

다. 영국 계약법에서의 ‘설정 의사’

위에서 설명한 당사자의 자발적 의사에 의해서 설정되는 법률관계의 가장 대표적이고 기본적인 형태는 계약이다. 그래서 당사자의 설정 의사에 대한 논의는 신탁법뿐만이 아니라 계약법, 특히 계약의 해석 부분에서 중요하게 다루어 진다.

영국법에서 ‘계약’이란 ‘법이 강제력을 부여하는 하나 또는 일단의 약속들’ 또는 법에 의해 인정되거나 강제력을 부여받는, 당사자들에게 법적 권리나 의무를 부과하는 합의라고 정의된다.⁵⁶⁹

두 정의 모두 ‘법에 의해 강제력이 부여되는 것’을 계약의 중요한 요소이자 특징으로 설명을 하고 있다. 즉 계약은 강제력이 없는 단순한 약속이나 농담과는 구별되는, ‘법에 의해서 그 이행이 강제되는 합의 또는 약속’인 것이다.

이러한 논리에 따라, 영국의 주류 판례는 당사자들의 의사의 합치 또는 합의가 있고 약인이 있었다고 하더라도, 단순한 합의나 약속이 아닌

⁵⁶⁹ 영국 계약법의 대부분의 문헌에서의 계약의 정의는 이와 같다. “a promise or set of promises which the law will enforce , an agreement which is either enforced by law or recognized by law as affecting the legal rights or duties of the parties” FURMSTON, *supra* note 439; WHEELER AND SHAW, *supra* note 439; KIM LEWINSON, *supra* note 178.

법에 의해 그 이행이 강제될 수 있는 ‘법률 관계를 설정하고자 하는 의사’가 있어야만 그 합의가 (법에 의한) 강제력을 가질 수 있다고 한다.

이는 합의와 약인이 있다고 하더라도, 그것만으로는 당사자가 의도한 것이 법적 강제력이 있는 계약인지 아니면 단순한 강제력 없는 약속인지 알 수 없기 때문이라는 점을 근거로 한다.⁵⁷⁰

정리하자면, 영국 계약법에서의 ‘계약 설정 의사’란 단순한 일상의 약속이나 구속력이나 강제력 없는 단순한 호의가 아닌 ‘법에 의해 강제될 수 있는 합의’를 설정한다는 의미이다. 그리고 이러한 설정 의사의 해석을 통해 법원은 당사자들이 ‘다른 그 무엇이 아닌 계약의 설정’을 의도하였다는 것을 확인하는 것이다.

따라서 계약 설정 의사는 ‘단순한 약속 등의 다른 그 무엇도 아닌 강제력 있는 법률관계(계약)을 설정하고자 하는 의사’인 것이며, 이를 응용하면 신탁 설정 의사란 ‘증여 등의 다른 그 무엇도 아닌 신탁을 설정하고자 하는 의사’라고 설명하는 것이 가장 현실에 부합하는 설명이다.

라. 신탁 설정 의사의 정의와 본질

⁵⁷⁰ 계약법에서 계약의 유효한 설정(법에 의해 강제될 수 있는)을 위해서 당사자의 설정 의사를 조건(Condition)으로 요구하게 된 것은 보통 19세기 대륙법의 영향이라고 한다. 이러한 설정 의사를 요구하는 것에 대해서는 ① 보통법에서는 당사자의 의사를 조건으로 요구하는 경우가 많지 않으며, ② 당사자들이 강제력이 있는 합의를 설정하고자 하였는지, 아니면 단순한 약속을 한 것일 뿐인 지는 약인을 통해서도 충분히 확인할 수 있으므로 설정 의사의 확인이 필요한 것은 아니라는 비판도 있다. 그러나 계약의 유효한 설정을 위해 설정 의사를 요구하는 것은 현재 계약법에서는 쉽게 변하지 않을 원칙이라고 한다. 동일한 논의로 WHEELER AND SHAW, *supra* note 439. at 147-148, FURMSTON, *supra* note 439. at 142-144

Sitkoff 에 따르면, 신탁의 정의는 다른 법률관계와의 비교를 통해서 보다 잘 드러난다고 한다.⁵⁷¹ 신탁 설정 의사의 존재가 쟁점이 되는 사례들을 살펴보면, ‘신탁을 설정하려는 의사’의 의미는 ‘다른 법률관계가 아닌 신탁을 설정하려는 의사’로 해석할 수 있으며,⁵⁷² 이러한 ‘다른 행위가 아닌 신탁을 설정하려는 의사’는 ‘신탁이 아닌 다른 행위를 설정하려는 의사’와의 구별을 통해서만 확인될 수 있다.

특히나, 신탁의 성립 여부가 문제가 되는 사안에서 요구되는 것은 신탁과 유사 법률관계를 구별하는 기준이라는 점을 감안하면 이러한 정의의 실무적 타당성을 인정할 수 있다. 우리법의 경우에도 사채원리금지급대행 사건에서의 쟁점이 제 3 자를 위한 계약과 신탁의 구별이었다는 점을 돌이켜보면, 이러한 정의는 영미 신탁뿐만이 아니라 우리 신탁법에도 큰 무리없이 적용될 수 있는 것으로 판단된다.

그렇다면, ‘다른 법률관계가 아닌 신탁을 설정하려는 의사’는 구체적으로 어떠한 내용을 갖추고 있어야 할까?

신탁의 경우에는 다른 법률관계와의 구별은 각 사례들마다 다르게 이루어지기 때문에 마치 매매나 증여의 정의와 같이 구체화되고 일반화된 정의를 찾는 것은 실질적으로 많은 무리가 있다.⁵⁷³ ‘신탁 설정 의사’의 구체적인 정의와 이를 확인하기 위한 요소는 사안별로 개별적일 수밖에 없으며, 이는 근본적으로 신탁 설정 의사가 필요한 이유와 맞닿아 있다.

하지만, 다른 법률관계가 아닌 신탁을 설정하려는 의사라는 것은 신탁만의 고유한 내용을 의도한 것이어야 하고, 다시 말하면 신탁 설정 의사는 신탁의 본질을 의도한 것이고, 신탁의 본질 요소를 의도한 것이어야만 한다. 따라서, 신탁 설정 의사는 그 구체적인 내용들에 있어서는 차

⁵⁷¹ SCOTT, FRATCHER, AND ASCHER, *supra* note 26. at 50

⁵⁷² *Milroy v Lord* (1862) 4 De GF & J 264. HUDSON, *supra* note 3. at 77

⁵⁷³ 동지의 논의로 GARTON ET AL., *supra* note 3. at 179-180

이가 있을 수 있지만, 신탁을 의도한 이상 신탁의 본질 요소를 그 내용으로 포함해야만 한다.

앞서 제 2 장과 제 3 장에서 설명하였듯이 우리 신탁법의 구조적 정의 요소를 보다 구체화한 신탁의 본질 요소는 수탁자에 대한 신인(충실)의무 부과와 수익자에 대한 물권적 이익의 부여이다. 따라서, 신탁 설정 의사의 내용에 이러한 본질 요소가 존재하지 않는다면, 당사자가 의도한 것은 신탁이 아닐 가능성이 높아지게 된다.⁵⁷⁴

3. 소 결

신탁은 그 복잡한 정의와는 달리 설정 행위 자체는 단순한 일방 행위이고(영국), 일반적인 계약과 큰 차이가 없기 때문에(우리나라) 다른 법률관계와 혼동을 일으키기 쉽다. 또한 당사자들 간의 이해 상충이 나타날 가능성이 높아서 사후적인 판단에 있어서 당사자들의 주장만으로는 판단하기 어려운 측면이 있기 때문에 신탁 설정 의사가 요구되는 것으로 보는 것이 옳다.

앞서 설명하였듯이 영미신탁법과 우리 신탁법 모두 ‘신탁의 용어’를 사용하는 것을 신탁의 성립 요건으로 요구하지 않고 있기 때문에, 당사자들이 설정한 법률관계가 신탁의 ‘본질’에 해당하고 신탁은 성립하게 된다. 그리고, 이는 당사자의 의도한 내용이 신탁의 본질적 요소를 포함하고 있다는 것을 의미한다.

그렇다면, 남은 문제는 어떠한 기준으로 신탁 설정 의사의 확정 여부를 확인할 수 있는 가이다. 따라서, 이하에서는 논의의 편의를 위해서 우선 신탁 설정 의사의 표시와 확인의 범위를 살펴보고, 장을 바꾸어서 구체적으로 신탁 설정 의사의 확정 여부를 확인해보도록 한다.

⁵⁷⁴ 신탁의 본질 요소의 존재 확인을 통한 신탁 설정 의사의 확인에 대해서는 5장에서 설명하도록 한다.

II. 신탁 설정 의사에 대한 확인

1. 신탁 설정 의사의 해석

의사신탁의 성립과 관련하여 확정성 요건이 쟁점이 되었다는 뜻은 쟁점이 된 요건이 명확하게 확정되는지가 불분명하다는 것이고 이러한 요건의 충족 여부는 최종적으로 법원의 해석을 통해서 판단된다. 즉 확정성 요건은 당사자에게 의사신탁을 설정함에 있어서 고려할 기준을 제공하기 위한 것이라기보다는 법원이 판단할 때 사용하는 기준이라고 보는 것이 더 실질에 가까울 것이다.⁵⁷⁵

따라서 신탁 설정 의사의 확정성 요건의 구체적인 내용과 요소를 확인하기 위해서는 우선 법원의 신탁 설정 의사의 확정성 요건 확인 방식과 그 해석 기준을 살펴 보아야만 한다.

이 때 유의할 점은 계약을 기반으로 한 우리 신탁법의 신탁과는 달리 영국 신탁은 일방 행위를 통해서 설정되는 것이기 때문에 해석의 대상이 되는 설정 의사의 당사자에서 차이가 발생한다는 점이다. 계약을 통해서 신탁을 설정하는 우리 신탁법의 경우에는 설정 의사 확인의 대상은 계약 당사자들의 합의의 내용이지만, 영국 신탁의 확인의 대상은 위탁자만의 의사인 것이다. 이러한 이유로 대륙법계 법률가의 입장에서는 영국 신탁 사례에서의 법원의 해석 태도와 기준이 영국법의 특징인지, 형평법을 근

⁵⁷⁵ Hudson은 이와 관련하여 특히 신탁 문서에 의한 신탁 설정 의사가 명확하지 않을 때 법원이 어떤 기준으로 어떤 상황을 해석해서 신탁 설정 의사를 확인할 수 있는 것인가가 중요한 문제라고 설명하였다. HUDSON, *supra* note 3. at 77; 또한, Moffat은 신탁 설정 의사를 확인하는 기준들에 대한 확인은 법률 행위 해석의 기준들(rules of construction)을 확인하는 것이나 마찬가지라고 하였다. GARTON ET AL., *supra* note 3. at 213

간으로 하는 영국 신탁의 특징으로 인한 것인지 구별하기 어려울 수밖에 없다.

이러한 어려움을 줄이기 위해서 이하에서는 우선 영국 판례에서 신탁 설정 의사를 확인하는 기본 방식을 확인하고 이를 우리법의 법률행위의 의사해석과 비교하도록 한다.

2. 신탁 설정 의사의 표현과 확인

가. 설정 의사 확인 방법

영미 신탁은 형평법을 근간으로 하고 있는 것은 사실이나, 최소한 의사 신탁의 성립 요건과 관련하여서는 대륙법계에서 흔히들 언급하는 형평법의 원칙들에 따른 법관의 자의적인 해석은 거의 이루어지지 않는다. 의사신탁 자체가 당사자의 신탁 설정 의사의 선언을 근거로 성립하는 것이기 때문에 이에 대해서는 당사자의 설정 의사를 개별적인 상황에서 어떠한 구체적인 기준을 통해서 확인할 수 있는 것인가만이 문제가 되는 것이다. 당사자의 설정 의사를 벗어난 법원의 판단에 따른 신탁은 이미 의사신탁의 영역에는 해당하지 않는 것이다.

Cook v Fountain 에서의 Lord Nottingham 에 따르면, “의사신탁은 말이나 글을 통해서 선언되고 이러한 선언은 직접적으로 또는 입증 증거를 통해서 나타나거나, 간접 사실에 의한 추정(violent and necessary presumption)을 통해서 나타나며, 이는 명백하고 직접적인 증거(plain and direct proof)가 없다고 하더라도 법원이 모든 상황을 고려하여 말이나 글에 의한 선언이 있었다고 추정할 수 있다”고 한다.

즉 당사자의 신탁 설정 의사는 ① 우선 당사자가 사용하는 말이나 글(words)을 통해서 확인하고, 이러한 증거가 없다면 ② 주변 정황이나 상황 등의 간접 사실들을 통해서 추정·해석한다는 것이다.

이는 우리 판례의 입장, 즉 “법률행위의 해석은 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적인 의미를 명백하게 확정하는 것으로서 당사자가 표시한 문언에 의하여 그 객관적인 의미가 명확하게 드러나지 않는 경우에는 그 문언의 내용과 그 법률행위가 이루어진 동기 및 경위, 당사자가 그 법률행위에 의하여 달성하려고 하는 목적과 진정한 의사, 거래의 관행 등을 종합적으로 고찰하여 논리와 경험의 법칙, 그리고 사회일반의 상식과 거래의 통념에 따라 합리적으로 해석하여야 한다”는 입장⁵⁷⁶과도 큰 차이가 없다.

또한 신탁 사례에서의 법원의 설정 의사 확인의 태도와 관련하여 Hayton 은 호주의 Byrnes v Kendle⁵⁷⁷의 판시내용을 인용하고 있는데,⁵⁷⁸ 이에 따르면,

“영국이나 호주에서 신탁을 성립시키고 정의하기 위한 분석의 원칙에 있어서 계약법에서 적용되는 세련되고 복잡한 기술을 적용하지는 않는다. 그러나 영국, 호주 모두 신탁을 설정하려는 언어(의도)가 있었는지, 신탁의 조건은 무엇인지에 대한 판단에 있어서 주변 정황이 가장 중요한 판단 근거가 된다… 법원은 (신탁을 설정하려는) 양당사자간의 합의의 조건을 확인할 때, 계약의 조건을 확인할 때와 마찬가지로 그러한 조건이 합리적인 사람에게는 어떠한 의미로 사용되는가의 ‘객관적 의미’에 중점을 둔다… (당사자의) 주관적 의사는 신탁이 존재하는지, 존재한다면 그 조건이 무엇인지에 대한 확인과는 아무런 관련이 없다.”

위에서 보듯이 영국 신탁 관련 사례에서의 신탁 설정 의사에 대한 법원의 확인 방법과 원칙은 우리 판례의 태도와 큰 차이가 없다. 따라서

⁵⁷⁶ 대법원 1992. 5. 26. 선고 91 다 35571 판결, 대법원 2012. 6. 28. 선고 2011 다 102080 판결

⁵⁷⁷ Byrnes v Kendle [2011] HCA 26

⁵⁷⁸ MCFARLANE AND MITCHELL, *supra* note 3. para 4-004~ 4-013

관련 영국 사례들에 대한 분석⁵⁷⁹은 우리 신탁법에서의 신탁 설정 의사의 구체적인 내용에 대한 시사점을 줄 수 있다.

나. 신탁 설정 의사의 경계 확인

(1) 묵시적(默示的) 표현의 경계선

상기의 논의를 다음으로 짚어보아야 할 점은 신탁 설정 의사가 어떻게 표시, 표현되었을 때 법원을 이를 확인할 수 있는가이다. 그리고, 이는 동시에 신탁 설정 의사의 명시적 표현과 묵시적 표현의 경계선을 확인하는 것이기도 하다. 영국 신탁법이나 우리 법체계에서도 묵시적 표시라는 의미 자체가 법률적으로 명확히 경계 지어진 용어가 아니기 때문에 이에 대한 논의는 신중해야 한다.

따라서 묵시적 신탁 설정 의사에 대한 논의 이전에, 우선 명시적 표시를 하기 위해서는 특정 법률관계를 지칭하는 용어를 사용해야만 하는지, 아니면 그러한 용어 사용 없이 해당 법률관계의 실질을 지향하는 의사를 표시만 하면 되는지, 이러한 의사표시가 문서로만 이루어져야 하는 것인지 확인해볼 필요가 있다.

(2) 묵시적 표현의 범위

	신탁의 실질 설정의사		실질 설정의사 ⁵⁸⁰
	문서	행위	부존재
신탁 용어 사용	1	4	7

⁵⁷⁹ 이는 제 5 장에서 다루도록 한다.

⁵⁸⁰ 상기 표에서의 설정 의사란 주관적 의사를 의미하는 것이 아니라 객관적으로 확인되는 의사를 의미한다.

신탁 용어	신탁 인지	2	5	8
미사용	신탁미인지	3	6	9

위의 표를 기준으로 상황을 나누어 보면, 1 관계는 신탁 용어를 사용하였다는 점에서 당사자가 신탁이라는 법률관계를 인지하고 있음을 확인할 수 있고, 신탁 설정 의사가 명확하게 문서로 표시되어서 신탁 설정 의사를 명시적으로 확인할 수 있다. 8, 9 관계는 발생 가능성이 높지 않아 논의의 필요성이 크지 않다.

(가) 영미 신탁의 경우

신탁이 성립하기 위해서는 당사자의 신탁 설정 의사가 나타나야만 한다. 이러한 신탁 설정 의사의 표시는 특별히 ‘신탁’, ‘수탁자’ 등의 용어를 사용해야만 할 필요가 없으며,⁵⁸¹ 당사자가 신탁이라는 법률관계나 신탁의 법률효과를 인식하고 있을 필요도 없다.⁵⁸²

형평법의 법원은 ‘형평법은 형식이 아닌 의도를 본다’ 고 선언하고 있다. 신탁의 성립을 위하여 특정 언어가 사용되어야 하는 것도 아니고, 당사자의 의사는 글이나 말이 아닌 그의 행위를 통해서도 추론될 수 있다.⁵⁸³ 영국 신탁의 판례는 법이나 문서에서 ‘신탁’이라고 명시하였다고 해서 법원이 이를 신탁으로 보아야만 하는 것은 아니라고⁵⁸⁴ 판시하고 있으며, 생전 신탁뿐만이 아니라 유언에 의한 신탁에서도 마찬가지이

⁵⁸¹ Paul v Constance [1976] EWCA Civ 2 / [1977] 1 W.L.R. 527,;

⁵⁸² Fleet Disposal Services Ltd, Re, [1995] B.C.C. 605 (1995)

⁵⁸³ GARTON ET AL., *supra* note 3. at 179

⁵⁸⁴ Megarry VC in Tito v Waddell (No 2) [1977] 1 Ch 106, 211., HUDSON, *supra* note 3. at 79

다.⁵⁸⁵ 또한 같은 맥락으로 반대 상황에서 당사자가 ‘신탁’이라는 법률관계를 모르고, ‘신탁’이라는 용어를 사용하지 않았더라도 당사자가 설정한 것이 신탁의 실질을 갖추고 있다면 당사자의 신탁 설정 의사를 인정할 수 있다고 판시하고 있다.⁵⁸⁶ 다만 일상의 관계에서의 단순한 선의나 호의의 표시는 신탁 설정 의사의 표시에 해당하지 않는다.⁵⁸⁷

즉 신탁이라는 용어의 사용과 신탁의 성립 여부는 상관이 없다는 것이고, 당사자가 신탁이라는 법률관계를 모르거나 인지하지 못하였더라도 설정하려던 법률관계가 신탁의 실질을 충족시킨다면⁵⁸⁸ 신탁에 대한 인지 여부는 신탁의 성립과 상관이 없다는 것이다.⁵⁸⁹

또한, “신탁의 구성을 위해서는, 어떠한 말이 표시되지 않더라도, 신인 관계에서 돈을 받는 것과 같이 어떠한 것이든 형평법 법원에게 신탁 설정 의사의 존재를 확인시켜줄 수 있는 것이면 충분하다”⁵⁹⁰고 하여, 명시적인 말이나 글이 없이도 신탁 설정 의사가 인정될 수 있다고 하였다.

위와 같은 판례의 태도를 바탕으로 판단을 하면, 우선 상기 표의 2 관계는 명확한 의사신탁에 해당한다. 신탁 설정 의사의 표현(express) 여부는 ‘신탁’이라는 용어의 사용 여부가 아니라 신탁을 설정하겠다는 의사를 표시하였는지 여부와 관계된 것이다. 따라서 ‘신탁’이라는 용어가

⁵⁸⁵ 유언장에서 ‘수탁자’(trustee)라고 적혀 있는 사람에게 재산을 이전하라고 했더라도, 유언장 전체의 취지에서 신탁의 성립을 의도하고 있는 것으로 보이지 않는다면 신탁은 성립되지 않는다. *Re Freud (dec'd)* [2014] EWHC 2577 (Ch), [2014] WTLR 1453). GARTON ET AL., *supra* note 3. at 179

⁵⁸⁶ 대표적인 판례로는 *Paul v Constance* [1977] 1 WLR 527

⁵⁸⁷ *Jones v Lock*, (1865-66) L.R. 1 Ch. App. 25 (1865)

⁵⁸⁸ 예컨대 *Sitkoff*는 A가 자신의 재산을 A의 사용과 이익을 위하여 X에게 이전하는 것은 보통 신탁을 설정하는 것이라 한다. *DUKEMINIER AND SITKOFF*, *supra* note 107. at 400-401

⁵⁸⁹ SCOTT, FRATCHER, AND ASCHER, *supra* note 26. at 175-179

⁵⁹⁰ *Earl of Selborne in Lyell v Kennedy* (1889) 14 AC 437, 457

사용되지 않았더라도 신탁에 해당하는 관계를 형성하고자 하는 의사가 표시되었다면 신탁의 설정 의사가 표시된 것으로 보아야 할 것이다. 또한 당사자가 신탁을 몰랐더라도 법률관계가 신탁에 해당한다면 상관없기 때문에 3 관계도 명시적인 신탁 설정 의사가 표시된 것으로 볼 수 있다. 반대로 7 관계는 신탁의 용어가 사용되고 표시되었다고 하더라도, 당사자가 설정하고자 한 법률관계의 실질이 신탁에 해당하지 않으면 신탁은 성립하지 않는다고 한다.⁵⁹¹

남은 상기 표의 4, 5, 6 관계는 영국 신탁의 판례에서 흔히들 묵시 신탁에 해당한다. 신탁이라는 용어도 사용하지 않았고 신탁 설정 의사를 표시하는 신탁 문서와 같은 명백하고 직접적인 증거가 없다고 하더라도, 법원이 당사자간의 관계, 관계의 의도, 목적, 행위 등의 모든 정황을 바탕으로 신탁 설정 의사의 존재를 추론할 수 있다면 묵시 신탁이⁵⁹² 성립할 가능성이 있는 것이다.⁵⁹³

(나) 한국 신탁의 경우

우리 신탁법에서는 신탁 설정 행위에 ‘신탁’이란 용어를 명시할 것을 요구하고 있지 않으며, 이와 관련한 명시적인 판례도 존재하지 않는다. 이와 관련해서 신탁이라는 용어가 계약서에 명시되지 않은 계약에 대해서 그 목적과 취지에 비추어 신탁 계약으로서의 성질을 가지는 것을 인

⁵⁹¹ Megarry VC in *Tito v Waddell* (No 2) [1977] 1 Ch 106, 211

⁵⁹² 오해하면 안 되는 점은 영국 법원이 명시적·묵시적 의사신탁을 명확히 구별하여 판시를 하는 경우는 찾기 어렵다는 점이다. 법원은 신탁 설정 의사를 어떤 근거로 확인하였는지를 판시할 뿐, 자신들이 성립을 인정한 신탁의 종류를 구태여 나누어 판시하는 경우는 많지 않다.

⁵⁹³ 이는 다시 신탁 설정 의사의 객관적 요소를 통한 판단의 문제와 연결이 된다. 이는 제 5 장에서 다루도록 한다.

정할 수 있다는 취지의 판시를 한 바는 있다.⁵⁹⁴ 그러나 이를 법원이 묵시적 의사신탁을 명확하게 인정한 것으로 받아들이기에는 아직 이를 따르는 판례들이 충분하지 않다.

그러나 판례는 특정 의사표현에 대해서 일정한 방식이 요구되지 않으면 묵시적 의사표현의 방식으로도 성립이 가능하다고 한다.⁵⁹⁵ ⁵⁹⁶대법원의 판례는 아니지만, 어떠한 약정이 금전소비대차약정인지 투자약정인지의 구별이 문제가 된 사안에서 “그 형식적인 문언이나 표현에 지나치게 얽매일 것은 아니고, 그 약정의 실질적인 내용을 충분히 고려하여야 한다... 약정 체결 전후의 구체적인 사정들을 종합적으로 고려하여 약정의 법적 성질을 규명하는 것이 타당하다.”고 판시하면서, 당사자들이 ‘투자’라고 명시하였더라도 ‘투자’의 ‘본질적인 특징’에 해당하는 사정이 없다면 투자로 인정할 수 없다고 판단한 사례가 ⁵⁹⁷ 존재한다. 따라서 이러한 판례들의 태도에 따를 경우 신탁 설정 의사는 ① 신탁이란 용어를 포함할 필요가 없으며, ② 명시적으로 뿐만이 아니라 묵시적으로도 표현될 수 있다고 해석하여도 무리가 없을 것이다.

위의 해석에 따르면 상기표의 2 관계와 같이 ‘신탁’이라는 용어가 표시되지 않았다고 하더라도, 신탁의 실질에 해당하는 법률 관계를 설정하고자 하는 의사가 문서로 표시되었다면 신탁의 설정 의사를 인정할 수 있

⁵⁹⁴ 본 판례에 대해서는 제 5 장 제 4 절 II. 1. 에서 설명하도록 한다. 대법원 2002. 7. 26 선고 2000 다 17070 판결 사채원금 [공 2002.9.15.(162),2025]

⁵⁹⁵ 예로는 “이러한 보증의 위임에는 일정한 방식이 요구되지 아니하므로 그 의사표시는 명시적인 경우는 물론 묵시적으로도 이루어질 수 있다.”, 대법원 2017. 7. 18. 선고 2017 다 206922 판결, 계약의 묵시적 합의 해지에 관해서는 대법원 2003. 1. 24. 선고 2000 다 5336 판결

⁵⁹⁶ 민법은 계약 자유의 원칙에 따라 의사표시에 방식을 요구하는 규정을 두고 있지 않다고 한다. 양창수 AND 김재형, *supra* note 441. 7-8 면

⁵⁹⁷ 대전지방법원 2014 가합 8015

을 것이다. 다만 영국 신탁의 경우와 달리 ‘특정 법률 관계를 지칭하는 특정 용어’가 사용되지 않은 경우의 명시적 표시 해당 여부에 대한 논의나 판례가 충분하지 않기 때문에 보수적으로 묵시적 의사신탁이 성립할 것으로 보는 것이 타당할 것이다.⁵⁹⁸

또한 상기 표의 4, 5 관계의 경우에도 “표시한 문언에 의하여 그 객관적인 의미가 명확하게 드러나지 않는 경우에는 그 문언의 내용과 그 법률행위가 이루어진 동기 및 경위, 당사자가 그 법률행위에 의하여 달성하려고 하는 목적과 진정한 의사, 거래의 관행 등을 종합적으로 고찰하여 논리와 경험의 법칙, 그리고 사회일반의 상식과 거래의 통념에 따라 합리적으로 해석하여야 한다”는 판결의⁵⁹⁹ 태도에 비추어볼 때, 묵시적 신탁 설정 의사를 인정할 수 있는 가능성도 있는 것으로 판단된다.

상기 표의 3, 6 관계의 경우 영국 신탁의 판례에서는 당사자가 행위 당시 신탁을 인지하였는지 여부와 신탁 설정 의사의 존재는 상관이 없다고 판시하고 있다. 그러나 만약 당사자 모두가 설정 행위 당시 신탁을 인지하지 않고 있었음이 명확한 상태에서도 법원의 사후적 판단을 통해서 신탁 설정 의사의 존재를 확인하는 것이라면, 이는 우리법 체계에서는 또 다른 의제신탁으로 분류될 가능성이 있으므로 주의를 요한다.

(3) 신탁 설정 의사의 존재 판단

상기 표의 4 관계와 7 관계를 구별하는 것은 신탁 설정 의사의 존재여부이다. 이는 일견 명확한 차이로 보일 수 있으나, 실제 사례에서는 그 구별이 쉽지만은 않다. 어떠한 관계를 어디까지 설정을 의도해야만 신탁

⁵⁹⁸ 묵시적 의사신탁과 명시적 의사신탁의 성립 효과에는 차이가 없으므로, 논의의 실익이 크지 않다.

⁵⁹⁹ 대법원 1992. 5. 26. 선고 91 다 35571 판결, 대법원 2012. 6. 28. 선고 2011 다 102080 판결

설정 의사의 존재를 인정할 수 있는가의 문제는 쉽게 정할 수 있는 성질의 것이 아니다.

이와 관련해서, 당사자가 자신이 설정하고자 하는 법률관계가 ‘신탁’이라는 것을 인식하기 위해서는 어느 정도로 자신이 설정하고자 하는 법률관계에 대해서 인식하고 있어야 하는가에 대해서, Lord Millett 은 다음과 같이 판시하였다.

“위탁자는 신탁을 설정하기 위해서 필요한 의사를 지녀야만 하지만, 그의 주관적인 의사가 중요한 것은 아니다. 만약 그가 신탁을 설정하는 효과를 지닌 계약을 체결하였다면, 그가 그 계약의 내용 전체를 이해해야만 하는 것은 아니고 그가 그러한 계약을 체결하려는 의사만 있으면 충분하다.”⁶⁰⁰

위와 같은 원칙은 이후의 주요 판례에서도 유지되고 있으며,⁶⁰¹ 이는 단순히 일상에서의 신탁뿐만이 아니라 상업적인 신탁에서도 적용되고 있다.

위와 같은 태도는 결국 신탁 설정 의사는 당사자의 주관적 의사를 기준으로 판단하는 것이 아니라, 객관적인 계약의 효과 등을 통해서 확인하여야 함을 의미한다.⁶⁰² 그리고, 이는 신탁의 해석에 있어서만의 특징이

⁶⁰⁰ 약속(신탁)의 조건이 명확하지 않은 상황에서의 변호사 계좌에 보관된 고객의 돈에 대한 신탁의 성립과 신탁 의무 위반 여부가 문제된 사안 *Twinsectra Ltd v Yardley* [2002] UKHL 12 at [71], [2002] 2 All ER 377 at [71], [2002] 2 AC 164

⁶⁰¹ 이와 같은 Lord Millett 의 판시 내용은 이후 *Mills v Sports Direct Retail Ltd, Re Kaupthing Singer Friedlander* [2010] 2 BCLC 143, 158 에서도 차용되었다. HUDSON, *supra* note 3. Footnote 50

⁶⁰² 이러한 이유로, 의사신탁의 성립 요건으로서의 신탁 설정 의사는 민법 제 107 조 내지 110 조의 의사와는 다르게 해석해야 한다. 예를 들어, 당사자 통정 허위 표시로 신탁 설정 의사를 표시한 경우, 이러한 표시된 설정 의사가 객관적으로 신탁을 설정하려는 의사로 해석되고, 다른 성립 요건들을 갖추었다면, 신

아니라. 우리법의 법률행위의 의사 해석에 있어서 일반적인 원칙이기도 하다.

반복하여 설명하였듯이 신탁의 성립이 문제가 되는 대부분의 사안은 수탁자가 도산한 상황이기 때문에, 수탁자의 일반 채권자들에 대해서 비교 우위를 점하고자 하는 수익자의 입장에서는 객관적으로는 명시적으로 표시되지 않은 신탁 설정 의사를 자신이 애초부터 주관적 내심으로 의도한 적이 없다고 자인할 가능성은 높지 않다.

즉 대립되는 당사자들의 주관적 주장만으로는 신탁 설정 의사의 존재 여부를 확인하기는 쉽지 않을 가능성이 높다. 따라서 묵시 의사신탁에서는 신탁 설정 의사의 존재 여부를 확인하기 위한 객관적 지표의 중요성이 높아진다. 이러한 신탁 설정 의사의 객관적 지표의 기준은 ‘신탁 설정 의사가 없었다면 굳이 나타나지 않을 객관적 관계 또는 형식’이어야 한다. 이러한 객관적 지표를 통한 신탁 설정 의사의 추정과 확인을 장을 바꾸어 계속 설명하도록 한다.

第 5 節 소 결: 설정 의사의 확인과 묵시 신탁

본 장에서는 의사신탁의 성립 요건을 검토하였다. 살펴보았듯이 영미 신탁과 우리 신탁은 ‘신탁 재산의 이전을 통한 설정’의 가능 여부에서 차이가 있고, 이로 인한 몇 가지 차이점을 가지고 있다. 그러나, 대체적인 설정 방법, 형식 요건과 중요 내용의 확정에 있어서는 영미 신탁에서의 요건들과 큰 차이를 보이고 있지는 않다.

중요 내용의 확정 중 신탁재산의 특정과 수익자의 확정은 기존의 우리법의 판례로도 쉽게 접근할 수 있어서, 개별 사례에서 이를 구체화하는

탁은 일단 성립하는 것이고, 이후 당사자의 주관적 의사를 기준으로 민법 108조의 통정 허위 표시로 무효가 될 수 있는 것이다.

것에 큰 어려움은 없을 것으로 예상한다. 그러나, 신탁 설정 의사의 확정 여부의 확인은 신탁의 정의가 어려운 만큼 쉽지 않을 것으로 생각된다.

당사자의 객관적 행위 등에서 신탁 설정 의사를 확인하는 것은 묵시 의사신탁의 성립을 확인하는 문제와 정확히 일치한다. 따라서, 신탁 설정 의사의 구체적인 확인 방법은 장을 바꾸어 묵시 신탁의 확인과 함께 설명하도록 한다.

第 五 章 묵시 신탁의 객관적 지표

第 1 節 서설: 객관적 지표

I. 객관적 지표의 필요성

묵시 신탁의 활용을 통한 신탁 범위의 확대와 관련하여 본 논문의 2 장에서는 우리 신탁법은 의제신탁은 허용하지 않지만, 묵시 신탁의 성립은 금하고 있지 않다는 것과 묵시 신탁의 성립이 객관적이고 통일된 기준을 통해서 확인되지 않을 경우에는 이는 의제신탁과 다를 바 없다는 점을 설명하였다. 3 장에서는 신탁의 성립은 계약의 당사자들뿐만이 아니라 제 3 자의 권리관계에 큰 영향을 끼치기 때문에, 묵시 신탁의 사후적 확인은 객관적 기준을 바탕으로 해야만 된다는 사실을 그리고, 제 4 장에서는 신탁이 성립되기 위해서는 법률행위 해석 일반의 원칙에 따라 신탁 설정 의사가 확인되어야 한다는 점을 설명하였다.

묵시 신탁이 우리 신탁법 체계에서 인정되고 활용되기 위해서는 객관적이고 신중한 접근이 필요하고, 이에 대해서는 많은 우려가 있다.

묵시적 의사신탁의 성립의 인정을 통한 신탁 범위의 확대에 대해서 비판적인 견해들은 주로, ① 객관화된 원칙없이 묵시 의사신탁의 성립을 인정할 경우 이는 결국 법원에 의한 의제신탁을 인정하는 것이나 마찬가지가 되고,⁶⁰³ ② 당사자들이 대상 재산의 도산격리까지는 의도하였다고 하더라도, 신탁법의 규율을 받는 것을 의도하지 않은 상태에서 사후적으로 신탁의 성립을 인정하고, 당사자들이 신탁법의 다른 임의 규정의 적용을 받지는 않기로 하였다고 다시 재차 해석하는 것은 너무나 기교에 치우친 법기술적 해석일 수 있고,⁶⁰⁴ ③ 무엇보다도 가장 근본적으로는 묵시 의사신탁의 성립을 인정하는 것은 다른 채권자들의 권익을 침해하고 채권자 평등주의 원칙을 심각하게 손상하는 일일 수 있다는 비판이 있다.

상기 비판 내용 중 두 번째에 해당하는 ‘의도하지 않은 신탁법 규정의 적용’에 대한 비판은 법률은 본래 당사자가 구체적으로 인지하지 않았더라도 적용되는 성질을 가지고 있는 점을 감안하면, 비판을 위한 비판으로 판단되어 논할 가치가 많지 않은 것으로 판단된다.

첫 번째 비판점은 묵시 신탁 성립의 객관적 지표와 관련하여, 세 번째 비판점은 제 3 자 보호와의 균형과 관련하여 검토가 필요하다. 이 때 세 번째 비판점의 문제들은 객관적 지표를 통해 신탁의 성립이 충분히 예측 가능하고 안정적으로 확인될 수 있다면 완화될 수 있다. 따라서, 위 세 비판점은 모두 첫 번째 문제로 귀결된다고 볼 수 있다.

⁶⁰³ 앞서 설명하였듯이 영국에서 또한 불명확한 표현 신탁의 성립 요건은 법원에게 너무 큰 재량을 주는 것이나 마찬가지이기 때문에, 이에 대한 엄격한 규정이 필요함을 인식하고 18 세기 중반부터 의사 신탁 성립 요건의 엄격한 규정화를 진행해 왔다. HUDSON, *supra* note 17. at 73-75

⁶⁰⁴ 七戸, *supra* note 22. at 713-715

본 장에서는 우선 묵시 신탁 성립의 확인을 위한 객관적 지표를 중심으로 살펴보고, 제 3 자 보호의 문제에 대해서는 본 장에서 확인한 객관적 지표를 적용하여 장을 바꾸어 제 6 장에서 검토해보기로 한다.

이러한 검토에 앞서 유의할 점은 반복하여 강조하고 있듯이 묵시 신탁의 성립을 확인하는 방법은 일반적인 명시 신탁의 성립을 확인하는 것과 구별되거나 분리되는 것은 아니라는 점이다. 다만, 묵시 신탁의 성립 여부가 문제가 되는 상황에서의 특징으로 인해서 보다 중점적으로 확인되어야 하는 부분이 있는 것일 뿐이다.

II. 객관적 지표의 요건과 검토 대상

1. 객관적 지표의 요건

신탁 관계의 설정은 당사자들의 의사에 의한 것이지만, 당사자들의 언어를 통해서 신탁 설정 의사를 명확히 확인할 수 없는 경우에는 전체 정황을 통해서 당사자들의 의사를 추정하게 된다.⁶⁰⁵ 신탁 설정 의사는 특정 용어의 사용 여부와 상관없고 행위를 통해서도 확인될 수 있다. 따라서, 묵시 신탁의 확인에 있어서 중요한 쟁점은 어떠한 계약 내용이나 행위를 통해서 신탁 설정 의사를 확인할 수 있는 가이다.

⁶⁰⁵ Stratford Financial Corp. v. Finex Corp. 367 F.2d 569; 이러한 태도는 우리 판례에서도 동일하다고 볼 수 있다 “표시한 문언에 의하여 그 객관적인 의미가 명확하게 드러나지 않는 경우에는 그 문언의 내용과 그 법률행위가 이루어진 동기 및 경위, 당사자가 그 법률행위에 의하여 달성하려고 하는 목적과 정한 의사, 거래의 관행 등을 종합적으로 고찰하여 논리와 경험의 법칙, 그리고 사회일반의 상식과 거래의 통념에 따라 합리적으로 해석하여야 한다” 대법원 1992. 5. 26. 선고 91 다 35571 판결, 대법원 2012. 6. 28. 선고 2011 다 102080 판결

신탁 설정 여부가 문제가 되는 상황은 당사자들 간에 신탁의 성립 여부에 대해서 의견 충돌이 있는 상태이고, 적지 않은 경우 당사자들은 자신들이 창설한 법률관계가 신탁에 해당하는지 여부조차 모르기도 한다. 또한, 해당 법률관계가 신탁이 아닌 채권-채무 등과 같은 다른 법률관계일 수도 있다.⁶⁰⁶ 따라서, 신탁 설정 의사를 확인시켜주는 표지(indication)들은 신탁이 아니면 나타나지 않는 특징들이어야 하고, 이는 다른 법률관계들로부터 신탁을 구별 지어주는 것이어야 한다.

상기의 내용을 종합하면, 묵시 신탁의 성립 확인을 위해서는 객관적 지표를 통해서 신탁 설정의사를 추론 및 확정할 수 있어야 하며, 이때 신탁 설정의사는 ‘다른 법률관계가 아닌 신탁 법률관계를 설정하려는 의사’이기 때문에, ‘객관적 지표’는 ① 외부에서 객관적으로 확인할 수 있는 것이어야 하고, ② 신탁이 아닌 다른 법률관계에서는 나타나지 않는 신탁만의 고유한 특징이어야 한다. 이를 다시 계약에 대입하며, 객관적 지표는 당사자가 합의한 계약 내용에 포함된 신탁만의 고유한 특성과 관련한 내용이어야 하는 것이다.

2. 검토 대상

가. 신탁법의 정의요소

상기 2 가지 요건을 기준으로 우리 신탁법 제 2 조의 정의요소 중에서 객관적 지표를 찾아보면, 우선 ‘외부에서 객관적으로 확인할 수 있는 것’으로 ‘신임관계’, ‘신탁 재산의 이전’과 ‘특정된 재산권’ 그리고, ‘특정된 목적’ 들을 1 차 후보로 생각해 볼 수 있다.

⁶⁰⁶ 신탁과 단순한 채권-채무 관계를 구별하는 것에 대해서는 제 5 장 제 2 절 II. 3. 설명하고 있다.

우선, ‘신임관계’의 경우 그 법적 정의가 명확하지 않고, 신뢰를 바탕으로 한 관계로 이해할 경우 이는 위임 등 기타 다른 법률관계에서도 나타나는 것으로 볼 수 있다.

‘신탁 재산의 이전’은 신탁 법률관계만의 고유한 것이지만, 신탁 성립 분쟁 상황에서는 실효성이 없는 지표일 수밖에 없다. 앞서 설명하였듯이 신탁 성립 여부가 분쟁이 된 상황은 대부분 위탁자나 수탁자가 도산을 한 경우이고, 타인이 관리 소유하고 있는 재산에 대해서 위탁자 또는 수익자가 자신의 권리를 주장하는 상황이기 때문에 ‘재산이 이전되어 있는 것’은 거의 모든 분쟁상황에서 공통 전제일 수밖에 없고, 이것이 ‘신탁으로서 이전된 것’임은 신탁 성립을 주장하는 사람의 일방적 주장이지 이를 객관적으로 확인하기는 어려울 수밖에 없다.⁶⁰⁷

또한 ‘특정된 목적’의 경우에는 신탁만의 고유한 특성으로 보기 어렵다. 특정 인이나 특정 목적을 위한 계약이라는 것만으로는 제 3자를 위한 계약이나 위임, 대리 등과 구별하기 어려우며, 몇몇 특정 목적이나 예시들을 중심으로 표준화하는 것은 신탁의 다양성을 해치는 것이고, 반대로 이를 너무 넓게 인정하게 되면 앞서 설명한 의제신탁의 문제가 발생하게 된다.

‘특정의 재산’의 경우, 특정의 재산 자체만으로는 신탁의 고유한 특성이라고 할 수 없다. 그러나, 영미 신탁은 신탁 재산의 특정을 위하여 신탁 재산의 분별관리 의무를 요구하고 있으며, 우리 신탁법도 제 4 조와

⁶⁰⁷ 애당초 ‘신탁의 성립을 위해서 재산을 이전한’ 사실이 객관적으로 입증된다면, 신탁 성립에 대한 분쟁이 발생할 가능성도 낮아진다.

제 37 조에서 수탁자에게 신탁재산의 분별관리 의무를 부여하고 있고, 이는 신탁에서만 나타나는 고유한 의무라 할 것이다.

나. 신탁의 본질 요소

우리 신탁법의 정의 요소만으로 충분하지 않다면, 두 번째로 검토할 대상은 앞서 논의한 신탁의 본질 요소들이다.

앞서 2 장에서 설명하였듯이 신탁의 본질적 정의는 ‘수탁자에 대한 의무 부과’ 또는 ‘의무가 부과되는 관계’이다. 이는 보다 구체적으로 수익자의 이익을 보호하기 위한 신탁만의 고유한 성립 효과와 이러한 효과를 필요로 하는 관계나 상황을 의미한다.

신탁 설정 의사는 ‘다른 법률관계가 아닌 신탁의 설정’을 의도한 것이다. 따라서, 당사자가 신탁의 본질에 해당하는 신탁의 성립 효과를 의도하지 않았거나 또는 당사자가 설정하고자 하는 법률관계가 이러한 신탁의 본질 요소에 해당하는 효과를 필요로 하지 않는 관계일 경우에는 당사자는 신탁 설정을 의도하지 않은 것으로 봐야한다.

그렇다면, 신탁 설정 의사의 객관적 지표가 될 수 있는 신탁의 본질 요소는 어떠한 것이 있을까? 주요 영미 문헌들에서 공통되는 신탁의 본질 요소에는 수탁자에 대한 신인의무의 부과, 수익자에 대한 물권적 이익 부여,⁶⁰⁸ 대인에 대한 의무가 아닌 재산 관리에 대한 의무일 것 등이 있고,⁶⁰⁹ 우리법의 기준에서 볼 경우에는 수탁자에 대한 충실의무의 부과

⁶⁰⁸ 이계정 또한 수익자에 대한 물권화된 채권의 부여를 신탁의 본질로 설명하고 있다. 이계정, *전제논문* 90.

⁶⁰⁹ SCOTT, FRATCHER, AND ASCHER, *supra* note 26; HAYTON, MATTEWS, AND MITCHELL, *supra* note 98; MCFARLANE AND MITCHELL, *supra* note 3; GERAINT THOMAS & ALASTAIR HUDSON, *THE LAW OF TRUSTS* (second ed. 2010).

와 신탁재산의 독립성을 민법의 유사 재산관리제도와 대비되는 신탁만의 고유한 본질적 특성으로 볼 수 있다.⁶¹⁰

상기의 본질 요소들에 객관적 지표의 요건을 적용할 경우, 본질 요소라는 의미에 이미 신탁만의 고유한 특성이라는 의미는 내포되어 있으므로, 중요한 것은 외부에서 객관적으로 확인할 수 있는지 여부가 중요하다.

위의 본질 요소 중 수탁자에 대한 신인의무의 부과와 수탁자에 대한 충실의무의 부과는 같은 맥락으로 받아들일 수 있다.⁶¹¹ 다만, 문제가 되는 것은 이러한 충실의무는 신탁의 성립을 통한 효과인데 이를 성립 여부에 대한 분쟁이 있는 상황에서 어떻게 외부적, 객관적으로 확인할 수 있는가이다.

앞서 설명하였듯이 신탁의 충실의무는 신탁의 신인관계에서 기인한 것이고, 이러한 신인관계는 충실의무를 통한 보호가 필요로 하는 관계를 의미한다.⁶¹² 따라서, 충실의무의 존재를 직접적으로 확인하기 어렵다고 하더라도, 당사자가 설정을 의도한 법률관계가 객관적으로 신인관계에 해당할 경우에는 이를 통해 충실의무의 필요와 존재를 추정할 수 있다.

수익자에 대한 물권적 이익의 부여와 신탁재산의 독립성 또한 같은 맥락으로 받아들일 수 있다. 신탁재산의 독립성은 신탁 성립의 효과이기 때문에 이를 분쟁 상황에서 확인하는 것은 쉬운 일은 아니지만, 당사자가 설정한 법률관계가 수익자에게 부여하고자 한 이익이 단순한 채권인지 아니면 물권적 이익인지 여부는 객관적으로 확인이 가능하다.

⁶¹⁰ 관련 내용은 제 3 장에서 설명하고 있다.

⁶¹¹ 엄밀하게 보면 신인의무와 충실의무는 같은 것은 아니지만, 우리 신탁법에서 민법의 다른 재산관리제도와 대비되는 고유한 요소라는 측면에서는 동일한 의미로 사용하여도 무방하다. 신인의무와 충실의무의 관계에 대해서는 제 3 장 제 3 절 II. 2. 에서 설명하고 있다.

⁶¹² 관련 내용은 제 3 장 제 2 절 II. 에서 설명하고 있다.

따라서, 신탁의 고유한 성립 효과인 수탁자에 대한 신인관계를 바탕으로 한 충실의무와 수익자의 물권적 이익의 존재 또한 신탁 설정 의사의 객관적 지표로 기능할 수 있다.⁶¹³

3. 지표에 대한 검토 방법

신탁 설정 의사의 주요한 객관적 지표로 신탁재산의 확정을 위한 신탁재산의 분별관리 의무와 신인관계를 통한 충실의무와 수익자의 물권적 이익의 존재를 상정하였더라도, 현재의 우리 신탁법의 조문만으로는 이러한 지표들의 구체적인 내용을 검토할 수는 없다.

우리 신탁법 제 2 조는 신탁의 정의요소로 신임관계와 특정된 신탁재산을 적시하고 있고, 동법 제 4 조 제 37 조는 분별관리 의무를 적시하고 있지만, 해당 지표들의 구체적인 내용을 설명하고는 있지는 않고, 이와 관련한 판례들도 충분히 축적되지는 않았다. 일본의 경우에도 최근 관련 지방 판례가 축적되고는 있으나⁶¹⁴ 아직 일관된 법논리가 현출될 만큼의 축적은 이루어졌다고 보기는 어렵다.

⁶¹³ 일부 일본 문헌에서도 이와 비슷한 의견을 제시한 사례가 있다. 이러한 예로 “신탁설정의사의 판단에 있어서 수탁자에게 부과되는 고도의 주의의무 또는 신탁의 물권 효과 혹은 독립의 재산성에 중점을 두어서 판단하는 것을 생각해 볼 수 있다” 信託法セミナー (1) 信託の設定・信託財産, *supra* note 429. at 53-54

⁶¹⁴ 예로는 여행 모임의 회비를 자신의 계좌에 보관하던 보관자가 파산한 사례, 신탁의 불성립을 주장한 측에서는 소비 임치나 위임 계약에 해당할 뿐이라고 주장하였지만, 법원은 신탁의 성립을 인정하였다. 東京地裁平成24年6月15日判決 (判例時報2166号73頁) 이에 대한 보다 자세한 내용은 仁富田, 友人らにより積み立てられた代表者名義の銀行預金については預金代表者を受託者

따라서, 이하에서는 신탁과 관련한 판례를 많이 축적하고 있는 영미계 국가의 관련 판례와 규정 중에서 공통적 성격을 가진 주요 판례를 중심으로 상기 지표들의 구체적인 내용을 확인해 보고 이를 우리 신탁법에 적용하는 방안을 검토해 본다.

관련하여 먼저 인지해야 하는 점은 영미 모든 법역은 공통적으로 신탁의 성립 요건으로 영국 Knight v. Knight (1840) 3 Beavan 148 에서 확립된 세 가지 확정성 요건을 설명하고 있다는 것이다.⁶¹⁵

미국의 경우 신탁 성립에 관한 구체적인 판례들에 있어서는 이전 판례들의 논의들이 함축되어 있는 신탁법 리스테이트먼트의 관련 조항과 해당 조항의 코멘트⁶¹⁶를 많이 인용하고 있어서 일정 부분은 성문법 국가스러운 성향을 보이기도 있고, 주별로도 판례의 성향 차이를 보이기도 있다.

그러나, 확정성 요건의 구체적인 내용에 대해서는 영미 모두 관련 문헌⁶¹⁷과 판례에서 영국의 Paul v Constance, Re Kayford, Hunter v Moss 등의 주요한 판례를 논의의 기준으로 제시하고 있어서, 큰 원칙에 있어서는 같은 방향성을 보여주고 있다. 따라서, 기존 영국령에 속하는 국가

その他の者を受託者兼受益者とする信託契約が成立し信託財産と認めることができる, 148 三重法経 61-86 (2016).

⁶¹⁵ 예로는 캐나다의 Arkay Casino Mgt. v. Alta. (A.G.) (1998), 227 A.R. 280 (QB)에서는 세 가지 확정성 요건을 상세히 명시하고 있고, 미국 플로리다 대법원의 Bay Biscayne Co. v. Baile 73 Fla. 1120 에서는 three circumstances 라고 표현하고 있다.

⁶¹⁶ 예를 들면, 위탁자가 의도한 법률관계가 ‘신탁’이라 불리는 것인지를 인식하였는지 아닌지는 중요하지 않다는 취지의 Restatement(Second) of Trusts § 23 의 코멘트

⁶¹⁷ 판례에서 많이 인용하는 신탁법 리스테이트먼트와 Scott 의 저서 또한 영국 주요 판례의 영향을 받았다.

들의 판례와 미국의 판례를 같은 선상에서 논의하는 것에 큰 무리는 없다고 본다.

또 하나, 영미 신탁 판례에서의 묵시적 의사신탁의 확인 방식과 구조를 살펴볼 때 명심해야 하는 점은 신탁 설정 의사와 수탁자의 의무, 신탁 재산의 확정 등을 분리해서 보아서는 안된다는 것이다. 신탁 설정 의사를 확인하고, 순차적으로 신탁 재산과 수탁자의 의무를 확인할 수도 있지만, 신탁 재산에 대한 수탁자의 신탁 특유의 의무의 존재를 통해서 반대로 신탁 설정 의사를 확인할 수도 있기 때문이다.⁶¹⁸

第 2 節 객관적 지표 1: 분별관리 의무

I. 신탁재산 특성과 분별관리

1. 신탁 재산의 분별관리 의무(segregation)

가. 분별관리의 정의

신탁재산의 다른 재산으로부터의 구별(identify)을 위한 기본 원칙은 분별관리(segregation)가 가능하다면 분별관리를 해야 한다는 것이다. 이는 뒤집어 말하면 분별관리가 가능함에도 신탁재산이 다른 재산으로부터 분리되어 있지 않다면, 앞서 본 *In re London Wine Co. (Shippers) Ltd.*⁶¹⁹처럼 신탁재산이 특정되지 않을 수도 있다는 것이다.

⁶¹⁸ 대상의 불확실성은 유언자의 의사에 대한 의문을 야기한다는 취지로 *Sir Arthur Hobhouse in Mussoorie Bank v Raynor* (1882) 7 App Cas 321

⁶¹⁹ *In re London Wine Co. (Shippers) Ltd.* [1986] P.C.C. 121

다만, 주의할 점은 분별관리는 신탁재산의 특징을 위한 것이지⁶²⁰ 분별관리가 되어 있지 않다고 해서 무조건 신탁재산이 특정되지 않는 것은 아니며, 분별관리 의무 자체는 신탁의 성립 요건이 아니기 때문에 분별관리가 되지 않았다고 해서 신탁이 성립하지 않는 것은 아니다. 반대로 위와 같은 신탁 설정 의사 없이 단순히 대상 자산을 분별관리한다고 해서 신탁이 성립되는 것은 아니다.^{621, 622}

분별관리를 하면 신탁재산이 구별되어 인식될 가능성이 높아진다고 하더라도, 실무적으로는 각자 다른 종류의 재산(property)에 대해서 어떤 방식으로 분별관리를 해야 하는 것인가가 문제가 된다. 신탁재산의 분별관리 방법, 정도, 기준 등이 대상 재산의 종류와 성격에 따라 일정 부분 달라질 수밖에 없다.

부동산, 자동차, 선박 등과 같이 등기가 가능한 재산의 경우에는 등기를 통해서 쉽게 분별관리가 가능하다. 등기를 통해서 해당 부동산이 특정될 수 있고, 등기에 신탁재산이라는 사실을 표시함으로써 제 3 자의 혼동을 막을 수 있다. 그러나, 등기가 가능하지 않은 재산의 경우에는 재산의 성질에 따라 그 방법이 달라질 수밖에 없다. 특히, 유형 재산(tangible property)이나, 무형 재산(intangible property)이나 여부나 대체가능 재산(fungible property)인지 대체불가능 재산(unfungible

⁶²⁰ 角 紀代惠는 일본 신탁법 제 34 조의 분별관리의무도 신탁 재산의 특징을 위한 것이라고 설명하고 있다. 大村敦志 ET AL., *supra* note 480. at 280

⁶²¹ HUDSON, *supra* note 3. at 81

⁶²² 이러한 예로 상품에 대해 보증을 제공하는 일종의 보험회사가 보험가입자(의 변호사)와 함께 공동 명의의 계좌를 만들고 보험가입자로부터 받은 돈을 보관하고 있다가, 보험회사가 파산하게 된 경우에서 Nourse L.J.는 ‘실질에 있어서(in substance) 신탁을 설정하고자 하는 충분한(sufficient) 의사가 보이지 않는다’라고 판시하면서 해당 계좌에 보관된 돈에 대한 신탁의 성립을 부정하였다. Re Multi Guarantee Co Ltd [1987] BCLC 257

property)인지 여부에 따른 적용 기준들에 대한 논의는 일정 부분 아직도 계속되고 있다.

나. 분별관리의 방법

(1) 대체불가능 재산(unfungible property)

위의 분류에 따라 재산의 종류별로 검토하면 우선 대체불가능 재산의 경우에는 그 인식이 비교적 간단하다고 할 수 있다. 물론 앞서 설명하였던 사례와 같이 대상 재산이 대체불가능 재산이라고 하더라도, ‘내가 가진 그림 중 3 개’라는 식의 신탁재산의 지정은 그 대상이 명확하게 확정되지 않아서 신탁이 성립하지 않을 수도 있다. 그러나, 특정 대체불가능 재산을 명확히 지정하여 혼동을 유발할 가능성이 없다면, 신탁재산인 해당 그림이 다른 그림과 같은 장소에 보관되고 있다 하더라도, 각 그림들이 구별될 수 있기 때문에 신탁의 성립에 문제가 발생할 여지는 많지 않을 것이다.⁶²³

따라서, 유형의 대체불가능 재산에 대한 신탁의 경우에는 신탁 재산의 분별관리보다는 혼동을 유발하지 않는 명확한 지정이 더 중요할 것이다.

따라서, 대체불가능 재산의 대표적인 예에 해당하는 부동산의 경우에는 등기가 가능하기 때문에, 대상 부동산의 명확한 지정과 이를 등기를 통해서 공시하는 것이 무엇보다도 중요하게 여겨진다.

(2) 대체가능 재산(fungible property)

⁶²³ 물론 상황에 따라 그림도 대체가능 재산이 될 수 있다. 개별적 특성이 약한 상품인 그림의 경우에는 대체가능 재산으로 취급될 가능성도 있다.

가장 많은 경우 문제가 되는 대표적인 대체가능 재산이며 무형 재산인 돈의 경우에는 ⁶²⁴ 계좌의 분리(seggregate)를 통한 분별관리를 일반적인 원칙으로 한다. 자신의 단일 계좌에 들어있는 재산 1 억원 중 1 천만원을 신탁재산으로 하는 신탁을 설정하고자 한다면, 신탁재산인 1 천만원을 나머지 9 천만원과 분리하여 신탁을 위한 새로운 계좌에 보관하여야 한다는 것이다. 이때 본 신탁의 목적이 이 1 천만원의 신탁재산에서 각 100 만원씩 10 명의 수익자를 위해서 사용하는 것이었다고 하더라도, 신탁재산 1 천만원을 다시 10 개의 계좌로 분리할 필요는 없다.⁶²⁵

상기 설명한 전통적 방식의 대표적 사례로는 MacJordan Construction Ltd v Brookmount Erostin 이 있다.⁶²⁶

해당 사례에서는 건설계약상 하도급업자에게 지급하기 위한 기성고에 따른 대금이 예정되어 있었으나, 해당 대금이 분리된 계좌에 보관되고 있지 않고 다른 자금들과 하나의 계좌에 보관되고 있어서, 이에 대한 신탁의 성립을 부정하였다.

위 사례와 같이 신탁재산이 돈인 경우에는 극히 예외적인 사례를 제외하고는 전반적으로 계좌 분리를 통한 분별관리를 신탁 재산 확정의 요건으로 하고 있다.

이러한 계좌 분리와 같은 명확한 방법이 없는 대체가능 재산의 경우에는 다시 기본 원칙으로 돌아가서 물리적인 분리 관리를 요구하게 된다.

대표적인 사례로 와인 판매자가 보관하고 있는 와인에 대한 권리를 주장한 원고들에 대해서, 개별적인 창고에 인식될 수 있게 분리 보관된 와

⁶²⁴ 돈은 상황에 따라 무형 재산일 수도 있고, 유형 재산일 수도 있다. 인출되어 있는 현물 화폐의 경우 상황에 따라 유형 재산일 수도 있지만, 상기 예처럼 계좌에 보관되어 있는 숫자상의 돈의 경우에는 일반적으로 무형 재산으로 분류하는 경우가 많다.

⁶²⁵ 동일 신탁의 다수의 수익자가 있는 경우이고, 각기 다른 신탁의 경우에는 다르게 적용된다.

⁶²⁶ MacJordan Construction Ltd v Brookmount Erostin Ltd [1992] BCLC 350

인들에 대해서만 신탁 수익자에 대한 권리를 인정할 수 있다고 판시하였으며,⁶²⁷ 금의 매매대행과 보관 업무를 하던 금거래소(exchange)가 파산한 사례에서는 자신의 계좌에 적힌 금괴의 수만큼을 거래소가 실제로 보유 및 분별관리를 하고 있던 고객들에 대해서는 대상 금괴를 신탁재산으로 하는 신탁의 성립을 인정하였고, 이와는 달리 계좌상에는 금괴를 소유하고 있으나, 금거래소가 그 계좌에 적인 수만큼의 금괴를 실제로 보유하지 않고 분별관리도 하지 않고 있던 고객들에 대해서는 신탁의 성립을 인정하지 않았다.^{628, 629}

2. 우리 신탁법의 분별관리에 대한 논의

우리나라에서는 현재까지 신탁재산의 특징이 문제가 된 사례가 많지 않았고, 신탁의 성립이 문제가 된 사례도 많이 축적되지 않았다. 때문에, 신탁재산의 특징과 신탁법의 분별관리의 의무의 관계에 대한 논의는 많이 진행되지 않았다. 신탁법 제 4 조의 조문을 보아도 제 3 자에 대한 외부적 공시로서의 분별관리만을 명시하고 있지, 구체적인 의미는 잘 드러나 있지 않다.

그러나, 앞서 설명하였듯이⁶³⁰ 우리 신탁법도 신탁 재산의 특정 여부를 신탁의 성립 요건으로 포함하고 있다고 보는 것이 옳다. 그리고, 신탁 재산의 특징은 당사자뿐만이 아니라 제 3 자의 객관적 시각에서의 분리

⁶²⁷ Re London Wine Co (Shippers) Ltd [1986] PCC 121.

⁶²⁸ Re Goldcorp [1995] 1 AC 74 본 사례는 우리나라의 가상화폐거래소 파산 사태에 대한 시사점이 있다.

⁶²⁹ 위 사례에서 신탁을 부정당한 원고들은 청구 근거의 하나로 물권에 기한 금반언(Proprietary estoppel)을 주장하였지만, 법원은 대상 재산이 특정되지 않아, 물권(Proprietary right)이 존재하지 않고 따라서, 물권에 기한 금반언 주장은 허용되지 않는다는 취지로 판시하였다. HUDSON, *supra* note 3. pp98-99

⁶³⁰ 제 4 장 제 3 절 III. 3.

식별을 요하기 때문에, 우리 신탁법은 제 4 조와 제 37 조에서 신탁 재산의 특징을 위하여 분별관리 의무를 부과하고 있는 것으로 판단된다.⁶³¹

우리 신탁법상 분별관리 의무는 신탁의 성립요건은 아니며, 제 3 자에 대한 신탁 성립의 대항 요건으로 명시하고 있다. 이는 외관상 수탁자의 고유재산과 신탁재산의 구분이 어렵기 때문에 이를 외부에 표시함으로써 신탁재산을 보호하고 수탁자와 거래하는 상대방이 불측의 손해를 입지 않게 하기 위함이다.⁶³²

우리 신탁법의 기본적인 분별관리의 방법은 등기, 등록을 할 수 있는 재산은 등기 등록을 하고, 할 수 없는 재산에 대해서는 수탁자의 고유재산이나 다른 신탁재산과 물리적 외형적으로 분리하여 보관하고 이를 통해 신탁재산임을 표시하도록 되어 있다. (제 4 조)

우리나라와 일본의 문헌에서 나타나는 분별관리와 관련된 논의는 대부분 ① 외형적인 분리의 방법에 치중하고 있고, 실제 수탁자의 관리에 대해서는 많이 논하고 있지 않으며, ② 주로 금전의 분별관리 방안에 대해서 이루어 지고 있다.

이는 논의의 전제가 당사자에 의해서 신탁이 성립된 후, 제 3 자와의 관계에서의 대항 요건으로서 신탁이 분별관리되고 있었는지 여부가 문제가 된 경우만을 염두하고 있기 때문인 것으로 생각된다.

하지만, 분별관리 의무가 신탁 설정 의사의 객관적 지표가 되어 법률행위 해석의 대상이 될 경우에는 분별관리의 구체적 의미가 규정되어야만 한다. 예컨대 자금의 보관자가 분리된 계좌에 자금을 보관하고 있지만, 필요할 때마다 해당 계좌를 개인 용도의 입출금으로도 사용하였다면, 이

⁶³¹ 일본 신탁법과 관련하여 동지의 논의로 大村敦志 ET AL., *supra* note 480. at 280

⁶³² 동지의 주장으로 최수정, *전게서* 67. 313 면; 新井 誠, *supra* note 33. at 281-282

를 분별관리가 되어 있다고 볼 수 있을까? 이에 대해서 이하에서 영미 판례를 중심으로 설명하도록 한다.

II. 객관적 지표로서의 분별관리 의무

1. 객관적 지표로서의 특징

위에서 살펴보았듯이 신탁은 신탁재산에 대한 분별관리를 요구한다. 이와는 달리 일반적인 임치, 매매, 증여, 단순 보관 등에 있어서는 대상 재산의 분별관리를 요구하지는 않는다. 또한, 기본적인 일상생활의 상식과 상거래에서의 관행을 볼 때 (자신 또는 타인의) 재산을 관리하는 자가 이를 특별한 이유없이 자발적으로 자신이 관리하는 동종의 다른 재산들과 분별관리를 할 이유는 없다. 동종의 재산을 분리 관리하는 것은 물리적으로 분리된 저장소 또는 개별 계좌의 개설 비용 등으로 인해서 혼장 보관에 비해 보다 많은 비용을 요구하기 때문이다.

다시 반복하여 말하지만, 신탁 설정 의사는 ‘그 무엇도 아닌 신탁’을 설정하려는 의사이고, 분별관리는 신탁만이 특이하게 요구하는 객관적 요건이다. 만약 당사자들이 특별히 신탁이 아닌 다른 이유로 인해서 분별관리를 하기로 약정하였거나, 이를 강제하는 규정이 없음에도 불구하고, 수탁자가 대상 재산을 분별관리하고 있다면, 이는 신탁의 설정으로 인한 것일 가능성이 높다.

이러한 분별관리 의무를 신탁 설정 의사의 객관적 지표로 보는 것은 주요 판례에서 반복해서 확인되고 있는 기본적인 원칙이다.

이를 명시적으로 설명한 판례로는 ‘만약... 그가 자금을 분별관리해야만 하는 의무가 없고, 그 돈을 자신의 고유 자금과 혼장 보관할 수 있는 권한이 있으며, 이를 자신이 원하는 대로 쓸 수 있었고, 요청이 있을 경우 (받은 자금과) 같은 금액을 돌려주기만 하면 된다면, 그는 신탁으로서

자금을 보관한 것이 아니라, 단순히 채무자(debtor)일 뿐이다.’⁶³³ 라는 사례가 있고,

싱가폴의 관련 주요 판례에서도, ‘자금을 섞어서 보관하는 것이 금지되지 않은 상황에서 (계좌의 분리)는) 신탁이 존재하는지 여부의 판단에 있어서 중요한 고려 사항이다. 신탁을 설정하는 명시적인 용어가 없는 상황에서, 수입인이 분리된 계좌를 통해서 자금을 보관하고 있는 것은 해당 자금을 신탁 재산으로 보관하기 위해서 필수적인 것이다... 신탁의 존재를 표시(indicate)하는 가장 중요한 징표(indicia)는 신탁 재산의 분별 관리되고 있다는 사실이다.’라고⁶³⁴ 판시하고 있다.

유의해야할 점은 신탁 조건에서 명백하게 신탁재산의 혼장 보관을 금지하지 않았다면, 혼장 보관이 되지 않았다고 해서 신탁이 아니라고 볼 수 있는 것은 아니라는 점이다.⁶³⁵

또한, 신탁재산의 분별관리는 신탁 설정 의사 존재의 근거가 되는 것일 뿐이지, 애당초 신탁 설정 의사가 없는 것이 명백한 사안에서는 분별 관리가 되고 있다고 해서 신탁이 성립하는 것은 아니다.

신탁을 설정하려는 의사는 특정 재산(신탁 재산)에 대한 수익자의 이익(수익권)을 보장하고자 하는 의사이고, 신탁을 설정하기 위해서는 이러한 신탁 설정 의사를 바탕으로 이를 필요한 절차를 거쳐야만 하며, 위의 경우에는 분리를 계좌에서의 대상 자금의 보관이 필요 절차에 해당

⁶³³ Channell J in Henry v Hammond [1913] 2 KB515

⁶³⁴ Hinckley Singapore Trading Pte Ltd v Sogo Department Stores (S) Pte Ltd [2001] 3 SLR(R) 119 (CA)

⁶³⁵ Hinckley Singapore Trading Pte Ltd v Sogo Department Stores (S) Pte Ltd [2001] 3 SLR(R) 119 (CA) at 39

한다. 하지만, 반대로 위와 같은 신탁 설정 의사 없이 단순히 대상 자산을 분별관리한다고 해서 신탁이 성립되는 것은 아니다.^{636, 637}

국내에서는 이에 대한 논의로 정순섭의 분별관리를 신탁 설정 의사 확인의 객관적 지표로 이용할 수 있다는 의견이 있다.⁶³⁸

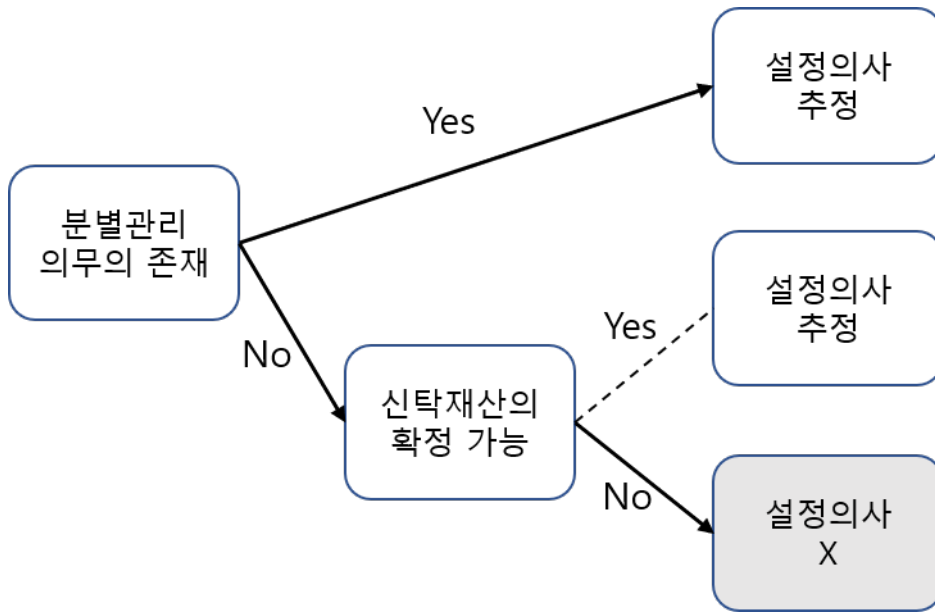
또한 별론으로 우리 법체계에서 독립재산체인 법인의 등기는 법인과 거래하는 거래 당사자들에 대한 보호 장치로서 그 의미를 가지고 있는데, 신탁의 경우 신탁 재산이 등기가 가능하지 않을 경우, 신탁 재산의 분별 관리만이 거래 상대방에 대한 최소한의 안전 장치로서 그 의미가 있을 수 있다.

2. 분별관리 의무를 통한 신탁 설정의사 추정

⁶³⁶ HUDSON, *supra* note 3. at 81

⁶³⁷ 따라서, 분별관리는 단순히 신탁설정의사 존재의 하나의 유력한 징표일 뿐이지, 분별관리 자체가 ‘신탁설정의사의 외부적 표현’이나 ‘객관적 확인의 기준’이라고 하는 것은 혼동을 일으킬 여지가 있는 표현이다. 이러한 예로는 최은순, *예금채권에 대한 신탁법의 적용과 문제점 - 민사신탁의 기반확대를 위한 관점에서*, 1 비교사법 35-67. 45 면

⁶³⁸ ‘실제 수탁자로서의 권리와 의무의 내용이 전혀 규정되거나 이행되지 않는 경우는 “분별관리의무”와 “일정한 목적에 따른 처분의무”를 기준으로 하는 신탁설정의사의 객관적 해석에 의하여 신탁의 성립이 부인될 것이다.’ 정순섭, *전 계논문* 241. 341-342 면



가. 분별관리 여부와 신탁 설정 의사 추정의 관계

(1) 원칙

우선 유의할 점은 주요 영미 판례에서 원칙적으로 신탁 설정 의사의 지표는 분별관리 ‘의무’의 존재라는 것이다. 수탁자에게 신탁 재산의 분별관리 의무가 부과되고 있었다면, 실제로 수탁자가 분별관리 의무를 이행하지 않았더라도, 이는 단순히 수탁자의 의무 위반일 뿐이지 이로 인해 신탁 설정 의사의 추정이나 신탁 성립 여부가 방해받지는 않는다.⁶³⁹ 하지만, 이러한 의무의 존재를 명시적으로 확인할 수 없는 경우에는 다른 이유가 없음에도 보관자가 분별관리를 이행한 것으로부터 분별관리 의무의 존재를 추정하고, 이를 통해서 다시 신탁 설정 의사를 추정하는

⁶³⁹ Re Kayford [1975] 1 WLR 279; re NANWA GOLD MINES LD.[1955] 1 WLR 1080

것이다. 반대로 신탁 설정 의사의 명시적 표시가 아무것도 없는 상황에서 신탁재산이 분별관리되어 있지 않다면, 분별관리 의무가 없는 것으로 추정되고, 이를 통해 신탁 설정 의사도 없는 것으로 추정될 수 있다.

(2) 금전 재산에서의 예외 사례

또한, 이러한 원칙이 모든 판례에서 일관적으로 적용되는 것은 아니며, 분별관리는 신탁 재산 특성의 맥락에서 이해되어야만 한다는 점도 인식해야 한다.

보관자(수탁자)가 파산하는 경우 일반 채권자에 대한 담보가 부족하면 신탁 재산 확정성의 여부는 중요한 문제가 된다. 신탁 재산으로 특정된 재산에 대해서는 수탁자의 일반 채권자가 채권의 만족을 얻을 수 없기 때문이다.

이때 당사자의 신탁 설정 의사가 불분명하고 분별관리조치 이행되지 않았다면, 이로 인해서 신탁 재산이 특정되지 못하게 된다. 그리고, 이 경우에는 보관자에게 사전에 물리적 분별관리 의무가 부과되어 있었다고 하더라도, 분별관리의 미이행으로 신탁 재산의 특정 요건이 충족되지 않아서 신탁이 성립하지 않는다고 판단될 수도 있다.⁶⁴⁰ 특히, 대상 재산이株式이 아닌 금전일 경우 판례의 성향이 엄격해지는 측면이 있는데,⁶⁴¹ 이는 금전의 특성에 기인한 것으로 생각된다. 일상의 거래에서 채무자가 보관하고 있는 분별관리되지 않은 금전은 채무자의 자산으로 인식될 가

⁶⁴⁰ MacJordan Construction Ltd v Brookmount Erostin Ltd [1992] BCLC 350

⁶⁴¹ 미국의 신탁법은 신탁 재산의 특정 여부 판단에 있어서 실제 분별관리 이행 여부를 영국만큼 중시하는 것으로는 보이지 않는다. 이는 리스테이트먼트의 영향 때문인 것으로 판단된다. 미국 신탁법에서는 은행 계좌의 분별관리 의무의 실제 이행 여부는 중요하지 않다는 Vandivort v. Sturdivant Bank 77 S.W.2d 484 가 확립된 판례로 대체적으로 인정되고 있다.

능성이 높고, 채권자의 입장에서는 신탁의 존재를 예상하는 것은 불가능에 가깝기 때문에 구체적인 사정에 따라서는 일반 채권자의 불측의 손해를 최소화하고, 합리적인 위험의 분배 측면에서 신탁의 성립이 부정될 수도 있다고 보아야할 것이다.

나. 관련 주요 판례

(1) Re Kayford [1975] 1 WLR 279⁶⁴²

(가) 사실 관계

Kayford Ltd (회사)는 통신판매업(mail order business)을 영위하는 회사였고, 물품의 대금은 고객들로부터 선불로 받거나, 고객의 예치금에서 지급받기도 하였다. 1972년 11월 회사가 어려움을 겪으면서, 도산 위험 가능성이 높아지자 회사의 대표(managing director)인 Mr.Kay는 도산 전문 회계사인 Mr. Wainwright로부터 고객의 자금을 청산으로부터 보호하기 위하여 아직 물건을 받지 못한 고객의 자금을 ‘고객 신탁 예탁 계좌’(Customers' Trust Deposit Account)라고 이름을 붙인 분별 관리 계좌에 보관하고, 물건이 배달 완료되면 해당 계좌에서 물건 대금을 인출하라는 조언을 받았다.

회사는 이러한 조언을 받아들이긴 했지만, 실제로는 거래 은행의 담당자인 Mr. Hall과 상의하여 그냥 회사 명의의 휴면 계좌(이미 회사의 일

⁶⁴² 인용 케이스로는 Nanwa Gold Mines Ltd., In re [1955] 1 W.L.R. 1080; [1955] 3 All E.R. 219.; Quistclose Investments Ltd. v. Rolls Razors Ltd. (In Liquidation) [1970] A.C. 567; [1968] 3 W.L.R. 1097; [1968] 3 All E.R. 651, H.L.(E.).

반 자금이 소액 들어 있었다)에 고객들의 자금을 이체/보관하였고, 1972년 12월에 Mr. Wainwright 가 조언한 상기의 이름으로 계좌명을 바꾸기만 하였다. 1972년 12월 회사는 관재절차(receivership)⁶⁴³에 들어갔다.

(나) 쟁점 및 법원의 판단

쟁점은 해당 계좌로 이체/보관되고 있는 고객들의 자금에 대한 신탁이 성립하는가의 문제였다. 회사의 관재인 중의 한 명인 Mr. Heyman(다른 한 명은 Mr. Wainwright)은 해당 자금에 대한 신탁이 존재하지 않는다고 주장하였다.

법원은 우선, Mr. Heyman 이 해당 계좌에 대한 신탁이 특정 채권자에게만 이익을 주기 위한 사해적 행위라는 사실은 입증하지 못하였다고 판시하였다. 그리고, 고객들의 자금이 처음 조언을 받은 대로 명확하게 분리된 계좌에서 관리된 것은 아니지만, 고객들의 자금을 회사의 도산으로부터 보호하려고 한 Mr.Kay, Mr. Wainwright, Mr. Hall 의 진술들을 볼 때, 당사자들의 의사는 신탁을 설정하려고 하였음이 명확하다고 판시하였다.

이러한 판단과 관련하여 Megarry J 는 ‘(본 사안에서 의사신탁의 성립과 관련하여) 형식상의 어려움은 없다. 문제가 되는 재산이 동산이기 때문에 서면에 의할 필요는 없다(신탁재산이 부동산일 경우에는 the Law of Property Act 1925 Section 53(1)(b)에 의해서 서면을 요구한다) ‘세가지 확정성의 요건’도 문제가 없다. 신탁재산의 확정성도 문제가 없고,

⁶⁴³ 영국에서 가장 일반적으로 많이 사용하는 파산 절차의 하나로 채권자에 의해서 이루어진다. 번역에 있어서 영문 그대로 ‘receivership’이라고 표기하는 경우도 있으나, 본 논문에서는 류근관의 번역을 인용하여 ‘receivership’은 ‘관재절차’로 ‘receiver’는 ‘관재인’으로 번역하도록 한다. 류근관, 파산절차에 관한 경제학적 분석, I, II KDI 정책연구 (2001). 162 면

수익자와 수익자의 이익도 문제가 없다. 의사(word)의 확정성 요건과 관련해서는 ‘신탁’이나 ‘신탁관계’(confidence)라는 말 등이 꼭 쓰일 필요는 없으므로, 문제는 신탁을 설정하려는 의사가 실질적으로 얼마나 나타나 있느냐이다.’라고 판시하였다.

또한, In re Nanwa Gold Mines Ltd. [1955] 1 W.L.R. 1080 를 인용하여, 당사자가 신탁의 설정을 의도한 것이라면 실제로 계좌가 분별 관리되었는지 여부는 신탁의 성립과 상관이 없다고 하면서, 일반적으로 물건의 대금을 선납한 것은 단순한 채권자/채무자의 관계일 뿐이지만, 돈을 보낸 사람이나, 돈을 받는 회사가 적정한 절차를 취하면 신탁이 성립할 수 있는 것이고, 독립된 은행 계좌는 이러한 신탁 설정 의사의 유효한 징표이나, 이와 관련한 적절한 은행 계좌 관리가 이루어지지 않았다고 해서, 회사 자신이 신탁의 의무를 지는 것을 막는 것은 아니라고 판시하였다.

(다) 시사점 및 관련 논의

상기 판결문의 말미에서 모든 재판관들은 “다른 거래 채권자와의 문제도 고려할 수는 있으나, 법원이 이 사건에서 신경 쓰는 것은 일반적인 소비자들(members of the public)이며, 이러한 일반 소비자들이 관재 절차에 참가해서 배당을 받는 것을 감당하기는 어려운 것으로 판단되며, 도산 위험에 처한 회사가 자신의 의무를 다하기 위해서 이러한 일반 소비자가 물건의 구입을 위해서 선금으로 지급한 자금을 보호하기 위한 방안을 찾고, 신탁 계좌에 보관하려고 한 것은 적절하고, 존경할 수 있는 행위이며, 회사들의 이러한 노력들이 더 많이 이루어지기를 바란다”고 판시하였다.

따라서, Re Kayford 의 판단에는 법원의 일반 소비자에 대한 보호 필요성 인식이 어느 정도 영향을 끼친 것으로 볼 수도 있다.

(2) re Fleet Disposal Services Ltd, [1995] B.C.C. 605 (1995)⁶⁴⁴

(가) 사실 관계

Fleet Disposal Services Ltd(항고인)는 자동차 판매업을 영위하고 있었고, 주업무는 주요 자동차 리스 회사들(공급 회사)을 위하여 대리인으로서 자동차를 판매하는 것이었으며, 자신이 보유한 자동차를 (본인으로서) 판매하기도 하였다.

피고와 자동차를 처분하고자 하는 공급 회사들 사이에는 1993 년까지는 표준 계약이 없었으나, 1993 년부터 표준 계약서를 사용하였고, 계약서에 따르면, ‘피고는 [본인(공급 회사)]와 동의된 지시에 따라 [본인]의 최고의 이익을 위해서 행위를 해야 한다고 규정하고 있고, 계약서의 어떤 내용도 본인-대리인 관계를 설정하고자 하는 의미로 해석되어서는 안된다는 조항이 있었다(이는 법원에 의해서 법적 효력이 없는 것으로 판단되었다) 또한, 회사는 판매한 대금을 수령한 5 일 후에 중개 수수료와 다른 합의한 비용을 제외한 금액을 [본인]에게 지급해야 한다’고 규정하고 있었다.

표준 계약서가 본인-대리인 관계 해석되는 상황을 의도적으로 피하고자 한 것은 항고인의 변호사가 항고인이 수탁자로서의 의무를 지는 것을 피하게 하기 위한 것이었다.

Northern Telecom Europe Ltd (‘Nortel’, (11 번째) 피항고인)는 이러한 표준 계약에 따라 항고인과 계약을 체결하였다.(Nortel 계약)

Nortel 계약에는 대리인 관계 또는 신탁의 설정을 의도하는 명시적은 표시는 없었으며, 차량의 판매 대금이 분리된 계좌에 관리되어야 한다는

⁶⁴⁴ 인용 케이스 re Cotten,(1913) 108; Re Hallett's Estate (1880) 13 ChD 696LT 310; Neste Oy v Lloyds Bank plc [1983] 2 L1 Rep 658

조항도 없었으나, 항고인 회사의 소유자인 Mr Collins 는 피항고인 회사 Nortel 의 대표 Mr Farrington 에게 판매 대금이 ‘대리인 계좌’라는 계좌에서 보관될 것이라고 이야기했다. 하지만, 실상 항고인은 거래 은행과 해당 대리인 계좌의 자금을 자신의 고유 사무를 위해서 사용할 수 있도록 논의하고 사용해왔다.

이후 항고인은 채권자들에 의한 자발적 관재절차에 들어가게 되었고, 이 상황에서 항고인이 Nortel 의 대리인으로서 판매한 차량 대금에 대한 신탁의 성립이 문제가 되었다.

(나) 쟁점 및 법원의 판단

법원은 우선 신탁 설정 의사의 명시적인 표시가 없는 상황에서는 의사를 해석해야 한다고 하면서, 이때 해석의 대상이 되는 의사는 당사자 사이에 논의되었거나(communicated)또는 논의된 것으로 추정되는 것만이지, 일방만이 또는 제 3 자와 논의된 것은 대상이 되지 않는다고 판시하였다. 따라서, 항고인이 Nortel 이 모르는 사이에 은행과 논의하여 대리인 계좌의 자금을 고유 사무를 위해서 사용한 것은 당사자 의사 해석의 대상이 되지 않는다고 판시하였다.

이에 따라 법원은 우선, 신탁의 존재를 확인하기 위해서는 특정 목적을 위한 계좌가 존재하였는지가 중요하고, 이러한 계좌의 이름이 무엇인가는 상관이 없다고 하고, 두 번째로, 대리인이 본인을 위해서 본인의 물건을 판매한 대금에 대해서는 법원이 신탁을 추정할 준비가 되어 있다고 하였고,⁶⁴⁵ 해당 계약의 내용에 신탁이라는 용어는 없으나 신탁 관계를 표시하거나, 일반적인 판매 관계와는 다른 신탁 관계에 부합하는 내용들

⁶⁴⁵ 법원이 언급하였듯이 이는 Neste Oy v Lloyds Bank Plc, 1983 WL 215159 (1983)의 태도와는 다른 것이다.

이 존재하고 있어서 신탁을 설정하고자 하는 의사를 확인할 수 있다고 하였다.

이와 함께, 항고인의 주장에 대한 답으로, Nortel(Mr Farrington)이 해당 계약이 신탁에 해당함을 인식하지 못하였거나, 신탁의 법률 효과나, 대물적 권리 주장의 내용이나 효과에 대해서 인식하지 못하고 있던 것은 신탁의 성립에 아무런 영향이 없다고 판시하였다.

(3) re NANWA GOLD MINES LD.[1955] 1 WLR 1080⁶⁴⁶

(가) 사실 관계

Nanwa Gold Mines Ltd.(회사, 피고)는 재정적 어려움을 타개하기 위해서, 자본 증자를 시도하였고, 이를 위해서 투자자들에게 증자에 참여할 것을 권유하면서 보낸 신청서 양식에는 ‘(증자를 위한 특정 조건이 충족되지 않아서 증자가 이루어지지 않을 경우) 신청금을 돌려줄 것이고, 그 때까지 신청금은 독립된 계좌에 보관될 것이다’라고 되어 있었다.

그러나, 증자 신청율이 너무 저조했고, 다른 조건도 충족되지 않아서 증자는 이루어지지 않게 되었고, 사채권자들의 신청에 의해서 회사는 관재절차에 들어가게 되었다.

(나) 쟁점 및 법원의 판단

사채권자인 원고들은 특별한 표시나, 계좌에 표시도 없기 때문에 증자 참여자들의 신청금에 대해서는 신탁이 성립되지 않으며, 다른 일반 채권자와 같이 처리되어야 한다고 주장하면서, 신탁이나 형평법상 lien 의 설

⁶⁴⁶ 인용 케이스 Mears v. Western Canada Pulp and Paper Co. Ltd. [1905] 2 Ch. 353; 21 T.L.R. 661.

정을 원하였다면 이를 명시적인 용어로 표시하였으면 되는 것이었다고 주장하였다.

이에 대해서 법원은 신청서 양식상의 ‘증자가 이루어지지 않을 경우 신청금을 돌려줄 것’이라는 문장만 있다면 이는 채권자/채무자 관계만 성립할 수 있으나 ‘신청금은 독립된 계좌에 보관될 것이다’라는 약속은 회사의 고유 자금과 분리되어 보호될 것이라는 의미로 봐야 한다고 하면서 신탁의 성립을 인정하였다.

다. 분별관리 불요: 주식

분별관리 여부가 언제나 신탁 설정 의사의 표지가 되는 것은 아니다. 앞서 설명하였듯이 분별관리는 신탁 재산의 확정을 위한 것이기 때문에, 만약 분별관리가 되지 않더라도 신탁 재산이 특정될 수 있다면, 신탁은 유효하게 성립될 수 있다. 반대로 분별관리가 되어 있다고 하더라도, 애초 당사자의 신탁 설정 의사가 존재하지 않는 것이 명백하다면, 신탁은 성립하지 않는다.

이러한 분별관리가 없음에도 신탁 설정 의사가 인정되는 경우는 대부분 대상 재산이 주식인 경우이고 이와 관련한 주요 사례 Hunter v Moss [1994] 1 WLR 452에서는 주식의 보관자가 자신을 수탁자로 선언을 한 경우에도 전체 주식에서 수익자의 주식을 선택하면 되기 때문에 분별관리가 없더라도 신탁이 성립한다고 판시하고 있다. 이러한 Hunter v Moss 접근법(approach)은 영국령에서는 현재까지도 적지 않은 논란의 대상이 되고 있으나, 미국의 경우에는 신탁법 리스테이트먼트에서 이와

같은 접근법을 명시하고 있어서 ⁶⁴⁷ Hunter v Moss 의 접근법이 별다른 문제없이 사용되고 있다. ⁶⁴⁸

이하에서는 상기 논의와 관련된 주요 판례를 살펴보도록 한다.

라. 관련 주요 판례(영국)

(1) Hunter v Moss [1994] 1 WLR 452⁶⁴⁹

(가) 사실 관계

Mr. Robert Joseph Moss(피고)는 Moss Electrical Co. Ltd.(M.E.L)주식 950 주(M.E.L 의 전체 발행 주식은 단일 보통주 1000 주)에 대한 등기 주주였다. 1986 년 6 월 M.E.L 의 전체 발행 주식을 Bennett & Fountain Group Plc.("Bennett & Fountain")에게 매각하는 것에 대한 논의가 시작 되는 시점에 피고는 해당 주식 중 50 주를 Mr. David Morris Hunter(원 고)에게 주고자 하는 의사를 표시하였으나, 세무적/회계적 문제로 인해서 원고의 요청으로 나중에 방법을 찾을 때까지 피고가 보관하고 있기로 하였고 배당은 원고에게 지급하기로 하였다.

⁶⁴⁷ Restatement (Third) of Trusts § 40 의 코멘트(cmt) b, c 에서 전체 재산의 비율에 대한 신탁 재산 성립이 가능함을 설명하고 있고, 예제(illustration) 6 에서 수탁자가 자신이 보관하는 전체 금액의 일부에 대한 신탁 선언을 하는 것을 예시하고 있다.

⁶⁴⁸ Rolleston v. National Bank of Commerce in St. Louis 299 Mo. 57

⁶⁴⁹ 인용 케이스 Knight v. Knight (1840) 3 Beav. 148; In re London Wine Co. (Shippers) Ltd. [1986] P.C.C. 121

이후 1986년 10월 30일 M.E.L의 전체 발행 주식은 Bennett & Fountain에게 양도되었다. 그리고, 1988, 1989년 Bennett & Fountain이 보유한 M.E.L의 주식에 대한 배당이 이루어졌고, 이중 원고의 몫인 5%에 해당하는 배당은 원고에게 지급되었으나, 이후 원고와 피고는 갈라서게 되었다.

(나) 쟁점 및 법원의 판단

본 사건의 쟁점은 피고가 원고에게 주식을 주기로 하고 자신이 보관하고 있던 것이 신탁의 선언에 해당하는지, 해당한다고 하더라도, 다른 주식과 분별 관리되고 있지 않은 주식에 대해서 신탁 재산의 확정성 요건이 충족되었는지 여부였다.

법원은 1심과 마찬가지로 피고가 원고의 주식을 보관하기로 하면서, ‘신탁’(in Trust)이라는 용어는 사용하지 않았으나, 그들의 의사와 이후의 배당 지급 등을 감안할 때 피고는 신탁의 설정을 구두로 선언한 것이라고 판시하였고,

피고 측 변호사의 신탁 재산의 확정성이 충족되지 않았다는 주장과 이와 관련한 In re London Wine Co. (Shippers) Ltd. 케이스의 적용 주장에 대해서는, 본 사안은 개인이 단일한 보통주를 보관하고 있는 것이어서 분별관리가 어렵고, In re London Wine Co. (Shippers) Ltd. 케이스처럼 대상 재산인 와인이 아직 피고에게도 이전되지 않았고, 와인의 보통법적 소유권이 원고에게 이전되지 않았던 경우와는 달리, 보통법적 소유권을 가지고 있던 피고가 신탁 선언을 한 경우이기 때문에 해당 케이스의 법리를 적용할 수 없다고 판시하였다. 따라서, 신탁 재산의 확정성 문제는 없고 신탁이 성립한다고 판시하였다.

(다) 시사점 및 관련 논의

Hunter v Moss 는 대체가능 재산에 대해서는 분별관리가 요구되지 않는다는 내용으로도 해석되어서 적지 않은 논란을 일으켰다. 이는 하나의 재산(또는 계좌)로 보관되고 있는 대체가능 재산에서 분리 없이 일부의 비율에 대한 신탁의 성립의 가능한 지에 대한 문제이다. 특히 대체가능 재산 중 일반적인 동산이 아닌 주식, 계좌의 자금 등과 관련하여 문제가 되었다.

실상, Hunter v Moss 의 접근법을 따른 Re Harvard Securities Ltd⁶⁵⁰ 등의 사실 관계를 살펴보면, 물질적인 분별 관리가 힘든 주식의 특성에서 기인한 측면이 적지 않은 것으로 보인다. 와인이나 금괴처럼 물리적 장소의 분리가 가능하지 않고, 관행적으로 관리자의 단일 계좌로 보관되어 온 상황에서 분별관리 기준을 통해서 신탁의 성립을 확인하는 것은 수익자들에게 너무 가혹한 조치라고 판단한 것으로 추측된다.(관련 케이스의 대부분의 수탁자는 단일한 개인이나 회사이고, 수익자는 분산된 다수였다) 이는 상황의 현실적 문제로 인한 법원의 목적론적 접근으로 볼 수도 있어서, 우리 신탁법에서도 이를 일률적으로 받아들이기는 어려울 것으로 판단된다.

⁶⁵⁰ 주식중개회사인 Harvard Securities Ltd(회사)는 미국과 호주의 주식을 주로 파셀(parcel) 단위로 거래하는 회사였다. 회사는 고객들의 주식을 회사의 명의로 분리없이 보관하고 있었다. 회사가 관재절차에 들어가게 되었고, 이때 고객이 회사를 통해 구입한 주식에 대한 신탁 성립이 문제가 된 케이스이다.

본 케이스에서 법원은 Hunter v Moss 에서의 법리를 적용하여, 주식을 분별 관리할 필요가 없다고 하면서, Hunter v Moss 와 다른 사례를 나누는 중요한 기준은 대상 재산이 주식인지 여부라고 볼 수 있고, 보관되고 있는 주식의 일정 비율에 대한 유효한 신탁이 성립되었다고 판시하였다.

(2) White v Shortall [2006] NSWSC 1379⁶⁵¹

(가) 사실 관계

피고는 자신을 수탁자로 하여, 청구인을 위한 222,000 주(청구인의 주식을 포함)한 1,500,000 주(전체 주식)를 전체를 신탁 재산으로 하는 신탁을 선언하였고, 전체 주식을 단일 명의로 관리하였으며, 이에 청구인의 주식이 구별 가능하여 신탁이 성립할 수 있는지 여부가 쟁점이 되었다.

(나) 쟁점 및 법원의 판단

법원은 Hunter v Moss 에서의 ‘대체가능 자산(특히 주식)에 대해서는 분별관리가 필요하지 않다’는 논리를 적용하지 않고, 청구인이 피고를 위한 222,000 주를 전체 주식에서 선택할 수 있으며, 피고와 청구인을 모두 수탁자로 하는 전체 주식에 대한 신탁이 성립된 것으로 보아서, 신탁 성립이 유효하다고 판시하였다.

(3) Re Lehman Brothers International (Europe) [2012] UKSC 6⁶⁵²

(가) 사실 관계

미국 회사인 Lehman Brothers Holdings Inc.가 Chapter 11 에 따른 파산 절차에 들어가면서, 영국 자회사인 Lehman Brothers International

⁶⁵¹ 호주 케이스, 인용 케이스는 Hunter v Moss [1994] 1 WLR 452(rejected)

⁶⁵² 인용 케이스는 Hunter v Moss [1994] 1 WLR 452

(Europe)(리만)고 관리 절차에 들어가면서, 리만이 보유하고 있는 고객들의 자금에 대한 신탁 성립 여부가 문제가 되었다.

FSA의 Chapter 7 of the Client Assets Sourcebook (CASS 7)은 the Markets in Financial Instruments Directive 2004/39/EC (MiFID)에 따른 금융기관 고객의 자금을 보호하는 내용을 규정하고 있다. CASS 7의 고객 자금 관리 규정(client money rules)은 고객의 자금을 신탁으로서 보관하게 하고, 대상 금융기관이 고객의 돈을 분별 관리하거나, 해당 금융기관의 영업 방식에 따라 해당 회사의 자금으로부터 분리된 ‘고객을 위한 계좌(client money account)’에 보관할 것을 요구하고 있고, 이에 따라 리만은 후자의 방식으로 고객들의 돈을 보관하기로 하였다. 그러나, 관리 절차에 들어간 이후 적지 않은 고객의 돈이 분별 관리되고 있지 않고, 하나의 큰 계좌로 혼장 관리되고 있었으며, 리만이 오랜 기간 CASS 7의 규정을 준수하지 않았다는 사실이 밝혀졌다.

이와 관련하여, 리만이 관리 절차에 따라 우선권자 담보 자산 절차(primary pooling event)를 진행함에 있어 분별 관리되지 않은 자산의 고객에 대한 우선권자 해당 여부가(신탁 성립 여부) 문제가 되었다.

관련 규제는 금융기관들의 고객들의 자금을 신탁으로서 다른 자금으로부터 분리해서 보관하게 규정하였지만, 규정 자체의 내용의 불확실성으로 인해서 금융 기관들이 구체적으로 어떻게 관리해야 하는 것인지에 대해서는 분명치 않은 부분들이 있었다.

(나) 쟁점 및 법원의 판단

본 사건에서는 CASS 7의 고객 자금 관리 규정(client money rules), 고객 자금 분배 규정(client money distribution rules)의 해석과 고객 자금 관리 규정(client money rules)의 의미가 주요 쟁점이 되었다.(분별 관리 의무를 명확히 규정하고 있는지가 불분명하였다)

1 심(High Court)는 회사의 일반 계좌(house accounts)에 보관된 자금과 관련하여서는 우선권자 담보 자산에 포함될 수 없다고 판시하였고(신탁이 성립하지 않았다는 의미), 2 심(Court of Appeal)은 CASS 7의 해당 규정은 신탁의 설정을 의미하는 것으로 해석되며, Hunter v Moss의 논리를 적용하고, 신탁이 성립하기 전에 대상 고객 계좌가 분리되어야만 하는 것은 아니라고 하고, 리만의 분별 관리 여부에 따라서 고객이 차별 받는 것은 적정하지 않다고 하면서, 모든 고객이 우선권자 담보 자산에 포함된다고 판시하였다.⁶⁵³

대법원은(Supreme court)은 3:2로 갈렸는데, 소수의견으로 Lord Walker는 분별관리 되지 않은 재산에 대해서 신탁의 성립을 인정해서는 안된다는 의견을 제시하였으나, 다수 의견은 CASS 7의 규정은 the Markets in Financial Instruments Directive 2004/39/EC (MiFID)의 금융 소비자에 대한 높은 수준의 보호라는 목적에 따라 해석이 되어야 한다고 판시하며, 해당 규정에 있어서 신탁이 가장 넓게 성립할 수 있도록 해석하여 분별 관리되지 않은 고객 자산에 대해서도 신탁의 성립을 인정하였다.⁶⁵⁴

⁶⁵³ Hudson은 해당 판결의 항소심은 모든 고객을 위한 하나의 큰 신탁이 성립된 것으로 본 것이라고 평가하였다. HUDSON, *supra* note 3. at 115-116;

HUDSON, *supra* note 17. at 84-88

⁶⁵⁴ Hudson은 해당 판결의 대법원 다수 의견은 제정법 신탁에 대해서는 일반적인 신탁의 법리가 적용되지 않으며, Markets in Financial Instruments Directive 2004/39/EC의 취지에 따라 보다 많은 고객에 대한 보다 높은 수준의 보호를 주는 방향으로 해석해야 한다고 판단한 것이라고 평가하였다. HUDSON, *supra* note 3. at 116-118; 또한, Hudson은 다른 문헌에서는 법원이 전통적인 방식(분별관리를 통해 신탁 재산의 확정이 이루어지지 않으면 신탁이 성립하지 않는다)이 아닌 다른 방식을 쓴 것이라고 평가하기도 하였으나, 제정법 신탁에 있어서도 의사신탁과 마찬가지로 신탁 재산의 확정을 강하게 요구해야 할 필요

마. 주요 관련 판례(미국)

(1) Rollestone v. National Bank of Commerce in St. Louis 299 Mo. 57

(가) 사실 관계

Hunter v Moss 와 유사한 사실관계이다. John T. Milliken 은 자신의 명의로 보유한 600,000 주 중 10,000 주(대상 주식)는 원고를 위해서 보관하고 있는 것이고, 대상 주식에 대한 배당과 이익은 원고에게 지급 될 것이라고 말하였고, 원고는 이러한 지급받은 이익으로 Milliken 에게 대상 주식의 가격(주당 75 센트)을 지불하기로 하였다.

이후 Milliken 은 600,000 를 모두 매각(주당 \$4)하고 사망하였으며, Milliken 과 Milliken 의 유언 집행자는 대상 주식의 판매대금이나 배당을 원고에게 지급한 적이 없었으며, 이에 원고는 신탁을 주장하였다.

(나) 쟁점 및 법원의 판단

피고는 Milliken 이 원고에게 단지 주식을 특정 가격에 살 수 있는 권리를 주었던 것뿐이었다고 하였지만, 증인과 당사자들의 진술을 통해서 Milliken 이 원고를 위해서 대상 주식을 보관하고 있다는 발언을 하였다는 것이 확인되었고, 법원은 주식을 신탁 재산으로 하는 신탁의 선언에 있어서는 수탁자로서의 의무까지 선언할 필요는 없다고 하였으며, 주식

성은 없는 것으로 평가되며, 법원 또한 다른 접근 방식을 사용한다는 취지를 표시하고 있지는 않다. HUDSON, *supra* note 17. at 84-88

의 소유자가 자신이 소유한 주식의 일부에 대해서 수탁자로서 신탁을 선언할 때에는 대상 주식을 따로 분리할 필요는 없다고 판시하면서 신탁의 성립을 인정하였다.

(2) Bay Biscayne Co. v. Baile 73 Fla. 1120

(가) 관련 쟁점 및 법원의 판단

법원은 \$19,400 가치의 채권을 가지고 있는 소유자가 이 중 \$15,000의 값어치에 채권에 대해서는 신탁으로서 보유하고 있는 사례에서, 수탁자가 전체 채권 중, \$15,000 값어치에 해당하는 만큼의 채권을 고르게 되어 있으므로 신탁이 성립한다고 판시하였다.

3.分別관리의 구체적 내용: 금전 계좌를 중심으로

가. 실질적分別관리

신탁 설정 의사의 객관적 표지인分別관리의 의무는 단순한 물리적 분리만을 의미하지 않는다. 계좌의 물리적 분리만을 의도하고, 보관자의 고유 사무로부터의 분리 의무를 부여하지 않는 것은 신인 관계(신탁)를 창설하려는 의도에 해당하지 않는 것으로 판단될 수 있다.⁶⁵⁵ 즉, 대상재산이 순수하게 신탁 목적만을 위해分別관리될 것을 요구하고 있어야 한다는 것이다. 이러한 ‘실질적分別관리’는 당연히 신탁재산의 종류와 목적에 따라 다를 수밖에 없다. 그러나, 실제 목시 신탁 성립의 확인이 문

⁶⁵⁵ DP Mann & Ors v Coutts & Co. [2003] EWHC 2138 (Comm) (16 September 2003)

제가 되는 재산의 종류는 어느 정도 한정되어 있어서 주로 문제가 되는 ‘실질적 분별관리’의 내용을 확인할 수는 있다.

나. 신탁 성립이 문제가 되는 재산의 종류: 금전

부동산이 신탁 재산인 경우에는 신탁의 성립 또는 대항력의 발생을 요구하는 규정들로 인해서 (묵시적) 신탁 성립 여부가 문제가 되는 경우가 상대적으로 적은 편이다.⁶⁵⁶ 이는 대부분의 등기 가능 재산의 경우에도 마찬가지이고, 비대체 동산의 경우에는 그 확정이나 분별관리에 문제가 발생할 여지가 많지 않기 때문에 역시 상대적으로 문제가 발생할 여지가 적다.

신탁 성립의 문제가 주로 발생하는 신탁 재산은 금, 주식, 원자재, 금전 등의 대체가능 동산이다. A 를 위해서 30 개의 금괴를 보관하고 있는 B 가 이를 나중에 A 에게 돌려주어야 할 때 이 관계가 대출이었는지, 단순한 임치였는지, 신탁이었는지 여부는 쉽게 확인하기 어려우며, 대상 재산에 동산과 동산의 판매 대금이 혼재되어 있는 경우에는 이러한 관계가 단순한 매매 대금 채권자-채무자 관계인지, 판매 대리인지, 신탁인지 여부를 확인하기 어렵게 된다. 특히나 당사자의 의사가 분명하지 않을 경우 대체가능 동산에 대한 신탁은 거의 항상 채권자-채무자 관계로 판단될 수 있는 위험이 있다.

이와 같은 위험 때문에, 영미 판례는 일관되게 단순한 채권-채무 관계는 신탁에 해당하지 않는다고 판시하고 있고, 신탁법 리스테이트먼트도

⁶⁵⁶ 예를 들면 설정자의 서명 문서를 요구하는 the Law of Property Act 1925 Section 53(1)(b) 등이 있다. 우리 신탁법에서도 대항력을 위해서 등기를 요구하고 있다.

신탁에 해당하지 않는 법률 관계로 채권-채무 관계를 적시하고 이와 관련된 구별 기준을 설명하고 있다.⁶⁵⁷

이는 대체가능 동산의 경우 고유의 식별성이 없어서 신탁 재산이 아닌 수탁자 고유의 재산과 혼장되어 있을 경우 이에 대한 확정이 어렵고, 일반적으로 비대체 동산에 비해서 높은 유동성을 가지고 있기 때문인 것으로 생각되며, 이로 인해 대체가능 동산의 경우分別관리의 필요성이 높아지게 된다.

다. 分別관리의 확인 기준

대상 재산의 分別관리란 단순히 물리적, 표시적 분리만을 의미하는 것이 아니다. 신탁의 목적에 해당하지 않는 수탁자의 고유한 사무와의 분리를 의미한다. 해당 자금이 들어있는 계좌나, 동산, 또는 동산의 판매대금이나 수익이 신탁의 목적을 위해서만 사용되어야 한다. 이에 대한 좀 더 구체적인 예시를 들자면, 보관자가 자신의 고유 계좌와 혼장할 수 있거나, 자신의 고유 사무를 위한 비용으로 사용하거나,⁶⁵⁸ 보관자가 자신의 재량으로 재산을 자유롭게 사용하고 기간별로 수량만을 맞추어 정산할 수 있는 권리가 있는 경우에는 分別관리 의무가 존재하지 않는 것으로 본다.

즉, 계좌(원자재 등도 포함)의 운용 방식, 특성(nature) 등을 통해서 分別관리 의무의 존재를 확인할 수 있다는 것이다.

⁶⁵⁷ Restatement(Second) of Trusts § 12 cmt; Restatement(third) of Trusts § 5. K cmt.k

⁶⁵⁸ 은행이 대상 계좌를 고유 자금과 혼용할 수 있으면 이는 특수 목적 계좌가 아니라는 취지로 Security Nat. Bank Savings & Trust Co. v. Moberly, 340 Mo. 95, 101 S.W.2d 33, 37 (Mo.1936).; Vandivort v. Sturdivant Bank, 77 S.W.2d 484 (Mo.App. 1934).; Hershey v. Northern Trust Co., 342 Mo. 90, 112 S.W.2d 545, 549 (Mo.1937).

이와 관련해서 주요 판례인 Henry v Hammond [1913] 2 KB 515 DC에서는 분별관리 의무가 없고, 보관자가 돈을 자신의 고유 사무를 위해서 자유롭게 쓸 수 있다면 이는 신탁이 아닌 채권자-채무자 관계라고 판시하였고, King v. Hutton [1900] 2 Q.B. 504은 보관자가 자신의 재량으로 자금, 동산을 사용하고 사후적으로 기간별로 정산하는 방식을 사용하거나, 이자(interest)의 지급을 약정하였다면 이는 신탁이 존재하지 않는다는 표지라고 판시하였다.

미국 신탁법 리스테이트먼트도 당사자의 설정 의사를 확인할 수 없는 경우에는 법률관계에 객관적으로 나타나는 의도를 살펴보아야 하는데, 만약 수령인(보관자)이 자신의 개인 채무를 위해서 해당 재산을 사용할 수 있게 되어 있거나, 거래 관계에 이자(interest)가 존재한다면 ⁶⁵⁹ 이는 단순한 채무일 가능성이 높고, 원래 재산에 대해서 가지고 있던 수익권이 재산이 다른 자에게 이전된 후에도 지속되게 하는 것을 의도하였다면 ⁶⁶⁰ 신탁에 해당한다고 예시하고 있으며, 전체적으로 모든 정황을 살펴보는 것이 필요하다고 설명하고 있다. ⁶⁶¹

이하에서는 상기 논의와 관련된 주요 판례를 살펴보도록 한다.

라. 관련 주요 판례(영국)

⁶⁵⁹ 예로는 Kooy v. Van Winkle 88 F.2d 481; In re Bergethaler Waisenamt. 54 Man. R. 484.

⁶⁶⁰ 예로는 Aluminium Industrie Vaassen B.V. v Romalpa Aluminium Ltd [1976] 1 WLR 676

⁶⁶¹ Restatement(Second) of Trusts § 12 cmt g; Restatement(third) of Trusts § 5. K cmt.k.; SCOTT, FRATCHER, AND ASCHER, *supra* note 26. at 88-89

(1) Henry v Hammond [1913] 2 KB 515 DC⁶⁶²

(가) 사실 관계

1883 년 ‘the International’이라는 배가 침몰하는 사건이 벌어졌고, 해손 정산인(average adjuster, 海損定算人)인 원고는 이 사건에 대한 보험사로서, 해운대리점(shipping agent, 海運代理店)인 피고에게 지시(instruct)하여, 침몰한 배의 화물을 인양하게 하여 인양한 화물을 매각하여, 관련 채무와 비용을 지불하게 하였다.

피고는 원고의 지시에 따라 화물 인양과 처분 및 비용 정산을 하였고, 정산 후 잔금 96l 이 남아서 보관하였다. 원고는 잔금의 존재를 몰랐고, 피고는 잔금의 존재를 원고에게 적극적으로 알리지 않았고, 자신의 장부에는 채무(debt)로, "International, 96l.,"이라고 기록해 두었으나, 채권자의 이름은 적어 두지 않았다. 1889 년 해당 잔금은 피고의 손익계정으로 옮겨졌다.(잔금을 분별관리 하지 않았다) 이후 1912 년 원고는 해당 잔금의 존재를 알게 되어서, 피고에게 이를 청구하였으나, 이에 대해 피고는 해당 청구의 소멸시효 완성을 주장하였다.

(나) 쟁점 및 법원의 판단

만약 화물이 신탁 재산으로서 피고에게 이전된 것이면, 화물을 처분하고 남은 잔금에 대해서도 신탁이 성립하는 것이고, 이러한 수탁자로서 보관하는 자의 의무에 대해서는 소멸시효의 완성을 주장할 수 없으며,

⁶⁶² 인용 케이스로는 Burdick v. Garrick [1904] 1 Ch. 242.; Lyell v. Kennerly 14 App. cas. 437.; North American Land and Timber Co. v. Watkins [1904] 1 Ch. 242.

이는 기존에 확립된 판례이다.⁶⁶³ 따라서, 본 사건의 쟁점은 해당 잔금을 신탁재산으로 피고를 수탁자로 하는 신탁이 성립되었는지 여부였다.

법원은 돈을 어떻게 받고 보낼 것인지에 대한 특별한 규정이 없었고, 단순한 상거래였으며, 모든 거래에 있어서 계좌를 따로 분리하는 것은 가능하지 않았다고 한다.

CHANNELL J.는 “만약 누군가가 자금을 분별 관리해야만 하는 의무가 없고, 그 돈을 자신의 고유 자금과 혼장 보관할 수 있는 권한이 있으며, 이를 자신이 원하는 대로 쓸 수 있었고, 요청이 있을 경우 (받은 자금과) 같은 금액을 돌려주기만 하면 된다면, 그는 신탁으로서 자금을 보관한 것이 아니라, 단순히 채무자(debtor)일뿐이고, 이때 중요한 부분은 그가 자금의 분별관리를 자신의 의무로 인식하고, 그것이 필수적이었는지 여부이고, 이러한 의무가 있음에도 분별관리를 하지 않은 것은 단순한 의무 위반이라고” 판시하면서, “본 사건의 거래에서 피고가 해당 자금을 분별관리해야 하는 의무가 없고, 피고는 원고에게 고용되어서 기존의 해운 대리점 업무를 한 것일 뿐이고, 단순한 채무만을 지는 것이기 때문에 잔금에 대한 청구는 소멸시효의 대상이 된다”고 판시하였다. 또한, 의제신탁은 성립할 가능성이 없다고 하였다.

(2) King v. Hutton [1900] 2 Q.B. 504

(가) 사실 관계

Basil Woodd 는 증권 거래소의 중개인(broker)이고, 피고 Hutton 은 Basil Woodd 의 고객이었다. 1898 년 12 월 30 일 Woodd 는 거래소에서

⁶⁶³ Burdick v. Garrick L. R. 5 Oh.

공식적으로 채무불이행(default)을 선언했고, 거래소의 공식 파산관재인은 거래소의 규정에 따라 Woodd 의 계정을 닫고, 거래소 내부에서의 Woodd 계정의 자금 수령과 지급을 정리하였고, 이를 통해 약 600L의 잔여금이 남게 되었다. 이후 Woodd 는 파산하게 되었고, Woodd 가 보관하던 피고의 자금에 대한 신탁의 성립 여부가 문제가 되었다.

(나) 쟁점 및 법원의 판단

본 사안에서는 재판관 사이에서 의견이 갈렸다. 신탁의 성립을 인정한 재판관들은 주식 거래 중개인의 거래의 특성에 대한 설명을 통해서, 중개인은 신인의무를 부담하는 대리인에 해당하고, 개별 계좌의 분별 관리는 현실적으로 불가능하다고 하면서, 신탁의 성립을 인정하였다.

반면, 반대 의견의 재판관들은 “대리인이 수령한 자금에 대한 신탁의 성립여부의 중요한 판단 기준은 대리인이 본인을 위해 사용하는 계좌의 성격인데, 만약 대리인이 본인을 위해 한 일련의 거래의 발생 직후마다 자신의 수수료 등을 지급받았다면, 일반적인 이는 수탁자의 행위에 해당한다. 그러나, 대리인이 본인을 위해 매도와 매수를 동시에 하거나, 본인의 채무를 갚으면서, 이를 기간별 정산 방식으로 계좌의 잔고에서 지급받았다면, 이는 일반적으로 단순한 채권자-채무자의 관계에 해당한다. 또한, 만약 계좌에 ① 중개 수수료가 아닌 다른 것을 위한 상계가 있거나, ② 채권이나 채무에 대한 이자가 부과되었다면 이는 해당 계좌의 자금이 단순한 채무라는 사실을 보장해준다.”라고 판시하면서, 해당 계좌에 대한 신탁은 성립하지 않는다고 판시하였고, 최종적으로 신탁이 성립하는 않는 것으로 판단되었다.

(3) Paragon Finance Plc v D B Thakerar & Co (A Firm)
[1998] EWCA Civ 1249

(가) 쟁점 및 법원의 판단⁶⁶⁴

판시 내용 중 피고가 수령한 금원에 대한 신탁의 성립과 관련하여 Millet LJ는 ‘수탁자가 신탁 재산을 수탁자의 고유 재산으로부터 분리하고 수익자만을 위해서 사용해야 하는 의무는 신탁 존재의 필수적인 요소이다. 피고가 수령한 금원을 자신의 고유자금과 혼장 보관할 수 있고, 자신의 현금 흐름에 맞추어 사용할 수 있는 권리가 있다는 사실은 신탁의 존재와 모순되는 것이다.’라고 판시하였다.

(4) Aluminium Industrie Vaassen B.V. v Romalpa Aluminium Ltd [1976] 1 WLR 676⁶⁶⁵

(가) 사실 관계

Aluminium Industrie Vaassen B.V.(AIV, 판매자, 원고)는 알루미늄 포일을 만드는 업체이고, 제작한 포일을 Romalpa Aluminium Ltd(Romalpa, 구매자, 피고)에게 판매하였다. AIV와 Romalpa의 포일 매매 계약에는 구매자인 Romalpa가 대금을 모두 지급할 때까지 구매자에게 이전된 알루미늄 포일들의 소유권은 판매자인 AIV에게 남아 있다는 ‘소유권 유보 조항(The preservation of ownership clause)’이 존재하였고, 구매자

⁶⁶⁴ 본 사례의 주요 쟁점은 의제신탁의 성립과 소멸시효에 대한 논의였다.

⁶⁶⁵ 인용 케이스로는 HENRY V HAMMOND[1913] 2 KB 515 DC; King v. Hutton [1900] 2 Q.B. 504

가 보관중인 포일이 다른 물건과 혼화되더라도 혼화된 물건이 판매자를 위한 대금의 담보가 되도록 하고 구별 인식될 수 있도록 보관할 것을 명시한 내용과 대금 지급이 완료되지 않은 상태에서 구매자가 포일을 제 3자에게 매각할 경우 이를 통해 얻은 대금에서 판매자인 AIV가 자신에 대한 대금 미지급분의 만족을 얻을 수 있다는 내용이 규정되어 있었다.

AIV가 포일을 Romalpa에게 이전하고, Romalpa가 이전받아 보관하던 포일의 일부를 제 3자에게 매각하여 매각 대금을 받았으나, 아직 AIV에게 포일 대금을 완납하지 않은 상태에서, Romalpa는 파산 상태에 빠지게 되었다.

이 상황에서 AIV는 Romalpa에게 남아 있는 포일에 대한 소유권과 Romalpa가 포일의 일부를 제 3자에게 매각하여 받은 매각대금에 대한 권리를 주장하였다.

(나) 쟁점 및 법원의 판단

본 사건의 쟁점은 원고인 AIV와 Romalpa가 설정하려고 의도하였던 관계가 단순히 채권자/채무자의 관계이고 대상 재산은 담보일 뿐인 것인지 아니면, 신인관계(Fiduciary relationship)에 해당하여 원고인 AIV가 대상 재산에 대한 형평법상의 권리를 주장할 수 있는 것인지 여부였고, 이와 관련하여 앞서 설명한 ‘소유권 유보 조항’의 해석이 중요시되었다.

법원은 본 사건의 ‘소유권 유보 조항’은 일반적인 채권자/채무자 관계와는 구별되는 통상적이지 않고, 정교한 규정(unusual and fairly elaborate provisions)을 포함하고 있어서, 이를 통해 당사자들이 설정하고자 한 것은 신인 관계라는 것을 알 수 있다고 판시하였다.

(5) Neste Oy v Lloyds Bank Plc, 1983 WL 215159
(1983)⁶⁶⁶

(가) 사실 관계

원고는 선주이고, 해운대리점(shipping agent, 海運代理店)인 PSL 과 계약하여, PSL 이 원고의 다양한 책임(항구 사용료, 인건비, 다양한 물건의 지출 등)을 처리하게 하였고, 이러한 처리를 위하여 때로는 선금으로, 때로는 사후에 지급하는 방식으로 자금을 PSL 에게 지급하여 왔다.

PSL 이 관재절차에 들어가게 되자, PSL 의 거래 은행이자 관재인인 Lloyds Bank Plc(피고)는 PSL 의 전체 채권과 채무를 정산하려고 하였고, 이에 원고는 자신이 6 번에 걸쳐서 PSL 에게 지급하였고, 아직 사용되지 않고 보관되고 있는 자금들에 대한 신탁의 성립을 주장하였다.

(나) 쟁점 및 법원의 판단

법원은 본인이 대리인에게 돈을 지급하면서, ① 분별관리를 지시하지 않았거나, ② 특정한 목적을 위해서 사용하게 하기 위해서 지급하고, 만약 그 목적으로 사용되지 않으면 돌려줄 것을 지시하지 않았다면,⁶⁶⁷ 표현신탁은 성립하지 않는다고 판시하였고, ③ PSL 의 관리인이 파산의 가능성을 인식한 후에도 이를 이야기하지 않고 원고로부터 받은 6 번째 선금 지급에 대해서는 의제신탁의 성립을 인정하였다.

⁶⁶⁶ 인용 케이스로는 Barclays Bank v Quistclose Investments Ltd [1968] UKHL 4 (31 October 1968)

⁶⁶⁷ 이는 Quistclose trust 의 성립 요건으로서 본 논문에서 논의하는 우리법에서의 일반적인 의사신탁 범주에는 포함되지 않아서 더 자세히 논의하지 않는다.

(6) DP Mann & Ors v Coutts & Co. [2003] EWHC 2138
(Comm) (16 September 2003)⁶⁶⁸

(가) 사실 관계

Lloyd's syndicates 인 원고들은 보험인수대리인(underwriting agency)인 HMU 에게 거래 신용 보장 보험을 발행할 수 있게 하는 두 개의 발행 계약서(binding authorities)를 부여하면서, 인수 관련 계좌가 보험 중개 계좌로서 신탁 계좌(fiduciary account)로 유지될 것을 요구하였다.

그러나, HMU 는 인수 권한과 관련된 계좌를 피고인 Coutts 은행의 단일 계좌에 운영하면서, 계좌의 분리관리를 하지 않았고, 이후 이것이 문제가 되어서 원고들이 HMU 를 청산하고자 하자, 피고는 HMU 의 일반 계좌에 섞여 있던 관련 자금과 HMU 의 운영비와 일반 대출 등을 정산하였다.

(나) 쟁점 및 법원의 판단

본 사건에서 쟁점은 분리 관리되었어야 하는 인수 관련 계좌에 해당하는 자금에 대해서, 피고인 Coutts 은행을 수탁자로 하는 신탁이 성립되었냐 여부였다.

법원은 우선 발행 계약서 상에서 요구하는 신탁 계좌의 유지가 명확하게 신탁의 성립을 의미하는 것은 아니라고 판시하였고, 이에 따라 계좌의 실질적인 성격을 확인하면서, HENRY v HAMMOND 의 법리와 기준을 적용하고 이와 함께, Finn 의 Fiduciary Obligations (1977)에서 인용한

⁶⁶⁸ 인용 케이스로는 HENRY V HAMMOND [1913] 2 KB 515 DC; King v. Hutton [1900] 2 Q.B. 504

King v Hutton, (1900) 83 LT 68 의 법리를 재인용하여, 본 사건의 계좌는 분별 관리될 것을 의도된 적이 없으며, 보험 청구금, 보험료 세금, 중개수수료, 재보험 수수료 등의 다양한 지급을 위해서 사용되었고, 피고는 분기별 재보험명세서에 따라 수수료를 지급받았다는 점을 감안할 때 신탁의 성립이 의도되지 않았다고 판단하였다.

(7) Hinckley Singapore Trading Pte Ltd v Sogo Department Stores (S) Pte Ltd [2001] 3 SLR(R) 119 (CA)⁶⁶⁹

(가) 사실 관계

Sogo Department Stores (S) Pte Ltd (Sogo, 피고)는 백화점을 운영하는 업체이고, Hinckley Singapore Trading Pte Ltd (Hinckley, 원고)는 Polo Ralph Lauren (RL 상품)의 의류와 액세서리를 수입 판매하는 업체이다. 원고와 피고는 1990 년 상호간에 매장 영업 계약을 체결하고 이에 따라, 원고의 RL 상품을 소고의 매장에서 판매하여 왔다.

매장 영업 계약에 따르면, 매장에서 RL 상품을 구입하는 사람들은 Sogo 의 직원에게 대금을 직접 지급하고, Sogo 는 매달 말 기준 월 매출의 20%에 해당하는 수수료를 판매 대금에서 직접 수취할 수 있는 권한이 있고, Hinckley 에게 매달 말 기준으로 수수료를 제외한 대금을 그 다음 달 15 일에 지급하기로 하였다.

⁶⁶⁹ 싱가포르, 인용케이스로는 HENRY V HAMMOND[1913] 2 KB 515 DC; Burdick v Garrick LR 5 Ch 243; Re Nanwa Gold Mines Ltd [1955] 1 WLR 1080; re Kayford Ltd [1975] 1 WLR 279; re Bond Worth Ltd [1980] Ch 228

2000. 7. 19. Sogo 는 법정 관리(under judicial management)에 들어 가게 되었고, 이에 원고 Hinckley 는 피고 Sogo 가 보유하고 있는 RL 상품의 판매대금의 80%에 해당하는 \$212,212.99(해당 대금)는 피고가 원고를 위한 수탁자로서 보관하고 있는 신탁재산에 해당하므로 자신들에게 지급할 것을 청구하였고, 피고 Sogo 의 법정관리인은 해당 대금은 단순히 피고의 원고에 대한 단순 채무(debt)에 불과하기 때문에 청구에 응할 수 없다고 반박하였다.

(나) 쟁점 및 법원의 판단

법원은 HENRY v HAMMOND 의 법리와 기준을 적용하여, ① RL 상품을 구입하는 사람들은 Sogo 의 직원에게 대금을 직접 지급하고, ② 이러한 판매대금의 Sogo 나 다른 회사의 판매대금과 따로 분리되어 있지 않으며, ③ Sogo 는 이러한 판매대금을 자신의 고유자금과 혼장 보관할 수 있는 자유가 있었고, ④ Sogo 의 수수료가 판매 즉시 지급되는 것이 아니라, 매월 정산되는 것이었고, ⑤ 이러한 매장 판매 계약이 일상적으로 반복되는 표준적인 형태인 것을 감안할 때, 당사자들의 신탁 설정 의사는 존재하지 않는다고 판시하여서, 해당 대금에 대한 신탁 성립을 부정하였다.

(8) re BOND WORTH LTD.[1980] 1 Ch 228⁶⁷⁰

(가) 사실 관계

⁶⁷⁰ 인용케이스로는 Coburn v Collins (1887) 35 ChD 373; Illingworth v Houldsworth [1903] 2 Ch 284; Aluminium Industrie Vaassen B.V. v Romalpa Aluminium Ltd [1976] 1 WLR 676(구별됨 distinguished)

카펫 제조회사인 Bond Worth Ltd(구매회사)는 수공 섬유 제작업체인 Monsanto Ltd(판매회사)로부터 섬유를 구입해서 카펫을 제조하는데 사용하였다. 구매회사와 판매회사 사이의 섬유 매매 계약에는 소유권 유보 조항이(retention of title clause)이 포함되어 있었고, 해당 조항은 (a) 판매자가 대금을 모두 지급받을 때까지 형평법적, 수익적 소유권 (equitable and beneficial ownership)은 판매자에게 남아 있고, 대상 물건이 재판매될 경우 재판매 대금 또는 재판매 대금에 대한 청구권에 대한 수익적 소유권은 판매자에게 있다. (b) (판매한 섬유가) 다른 상품의 부분이나 구성이 될 경우, 판매자는 다른 상품에 대해서도 형평법적, 수익적 소유권을 가진다.’라고 규정하고 있었다. 1977 년 구매회사는 법정 관리에 들어가게 되었고, 당시 판매자에 대해서 물품 대금 £529,000 를 빚지고 있었다. 판매회사는 구매회사의 법정관리인에게 자신들이 공급한 섬유와 섬유의 재판매 대금에 대한 소유권을 주장했다.

(나) 쟁점 및 법원의 판단

본 사건에서 쟁점은 상기 소유권유보 조항의 법적 효과가 무엇인가의 문제였다. 법원은 이와 관련하여 우선 구매자는 섬유를 이전 받으면서 섬유에 대한 ‘보통법적 소유권’(legal title)을 취득하였으며,⁶⁷¹ 소유권유보조항의 (a)항이 판매자에게 ‘형평법적, 수익적 소유권’이 있다고 규정하고 있지만, 당사자들이 판매자에게 일반적인 신탁의 수익자가 누리는 권리를 다 부여할 의도였던 것으로 보이지 않고, 구매자는 대금 지급 이전에도 판매자의 허락없이 자유롭게 섬유를 처분할 수 있었던 것에서 보듯이 일반적인 신탁자에 비해서 보다 많은 권리가 가지고 있는 것으로

⁶⁷¹ 이 부분이 Aluminium Industrie Vaassen B.V. v Romalpa Aluminium Ltd 과 본질적으로 다른 부분이라고 판시하였다.

판단하면서, 해당 소유권유보 조항의 ‘형평법적, 수익적 소유권’은 대상 물에 대한 형평법적 유동 담보(floating equitable charge)를 의미하는 것이라고 판시하였다.

(9) Williams v Central Bank of Nigeria [2014] UKSC 10 / [2012] EWHC 74 (QB) (24 January 2012)⁶⁷²

(가) 관련 쟁점 및 법원의 판단 ⁶⁷³

원고의 돈을 신탁으로 보관하던 변호사가 신탁의무를 위반하여 돈을 반출하였고, 이에 협조하여 그 돈을 보관한 피고 Central Bank of Nigeria의 계좌에 대한 신탁의 성립 여부가 문제가 되었는데, 우선 의사신탁의 성립과 관련하여, HENRY v HAMMOND와 Paragon v Thakerar의 (의사신탁 성립 관련) 법리를 적용하여 피고가 계좌를 분리하였거나, 하였어야 할 의무가 인정되지 않아서 의사신탁의 성립은 부정하였고, 의제신탁의 성립은 인정하였다.

마. 주요 관련 판례(미국)

(1) Stratford Financial Corp. v. Finex Corp. 367 F.2d 569

(가) 사실 관계

⁶⁷² 인용케이스로는 HENRY V HAMMOND[1913] 2 KB 515 DC; Paragon v Thakerar

⁶⁷³ 본 사례의 주요 쟁점은 의제신탁 관련 논의이다.

Stratford Financial Corporation(Stratford)는 Seefeld Hermanos, S.A. ('Seefeld')에게 \$50,000 를 대출하였고, 이는 월별로 지급 가능한 각 \$5,000 의 10 개의 채권 증서에 의해 증명되었다. 1963 년 4 월 Stratford 는 Finex Corporation ('Finex')과 계약을 체결하여, Finex 가 Stratford 에게 선금으로 \$40,000 를 지급하고, Seefeld 채권 증서에 의한 이자를 지급받기로 하였다.

1963 년 10 월 Stratford 파산 신청(Chapter XI petition)에 들어가게 되었고, 이 이후에도 Seefeld 는 5 개의 채권 증서의 각 \$5,000 의 원금을 지급하였고, Stratford 의 대표인 Adolf Sonnenschein 는 이 수표를 받아서 이서 후 이를 Finex 에게 전달하였다.

Stratford 의 관리인과 채권자모임은 이러한 Stratford 파산 신청 후 Finex 에게 지급된 \$25,000 가 부당하여, 일반 채권자를 위한 재단에 귀속되어야 한다고 주장하였다.

(나) 쟁점 및 법원의 판단

본 사건에서 쟁점은 대상 채권에 대해서 Finex 를 수익자로, Stratford 를 수탁자로 하는 신탁이 성립되었는지 여부이다. 법원은 당사자의 의사가 불분명하면 전체 정황을 살펴서 당사자의 의사를 추정해야 한다고 하면서, 우선 본 계약은 변호사 없이 금융에 대한 전문성과 경력을 가지고 있는 Stratford 가 준비하였고, 계약서의 내용에는 'in trust'라는 문구가 있었다는 점, Stratford 의 대표인 Adolf Sonnenschein 가 Finex 의 대표에게 해당 채권의 지급금들은 다른 계좌로부터 분리되어서 보관될 것이라고 말했던 점, 실제 분별 관리가 이루어지지 않은 점은 있으나 Finex 는 이를 인식하지 못한 점, Stratford 가 자금난에 시달리면서도 해당 채권의 자금을 사용하지 않은 것을 통해서 신탁의 존재를 확인할 수 있다고 판시하였다.

(2) Vandivort v. Sturdivant Bank 77 S.W.2d 484

(가) 관련 쟁점 및 법원의 판단

파산한 은행에 대해서, 예금자가 ‘특정 목적의 예금’에 대한 우선 청구권을 주장한 사안에서 법원은 은행에게 해당 예금을 은행의 일반 자금과 섞어서 사용할 수 있는 권리가 있는지 여부가 특정 목적의 예금의 존재의 표지라고 하고, 실제로 은행이 섞어서 사용하였는지 여부는 중요한 것이 아니라고 판시하였다.

(3) First Nat. Bank of Clinton v. Julian 383_F.2d_329⁶⁷⁴

(가) 사실 관계

Roby C. Woody(파산자)는 자동차 판매 사업을 위해서 The First National Bank of Clinton (은행)에서 돈을 빌리고 이에 대한 담보로 자동차에 대한 동산 저당을 설정하였고, 은행은 파산자로부터 단기 채권(recourse paper)을 구매하였다.

파산자는 해당 은행에 유보 계좌(reserve account)라는 이름의 계좌를 가지고 있었고, 이에 대해서 은행은 이 계좌는 파산자가 은행에 대한 대출과 채권의 담보로 존재하는 것이라고 하였고, 파산자는 채권에 대한 추가적인 담보의 의미는 있다고 하였으며, 파산자는 해당 계좌에서 수표를 인출할 때에는 은행의 허가를 받아서 하였다.

⁶⁷⁴ 인용케이스로는 Vandivort v. Sturdivant Bank 77 S.W.2d 484

파산자가 파산하자, 파산관재인은 해당 계좌를 파산 재단에 포함시키려 하였다.

(나) 쟁점 및 법원의 판단

해당 계좌의 성격에 대해서, 법원은 *Vandivort v. Sturdivant Bank* 77 S.W.2d 484 를 인용하여, 해당 계좌가 분별 관리되어야 한다는 내용을 어디서도 확인할 수 없으므로, 해당 계좌는 (신탁 등의) 특수 목적 계좌에 해당하지 않고, 일반적인 은행의 보통 계좌에 해당한다고 판시하였다.

(4) *Kooy v. Van Winkle* 88 F.2d 481

(가) 사실 관계

Peter and Agnes Kooy(청구자)는 Lambertus C. Bobbink(파산자)의 고용인이었고, 월급의 일부를 파산자에게 맡기고, 이러한 자금은 ‘우리’를 위해서 쓰일 것이라고 하고, 맡긴 금액에 대해서 ‘이자’를 지급받고, 이를 인출할 때에는 일정 기간 전에 사전 공지하기로 하였다. 이후 파산자가 파산하고, 청구자는 해당 자금에 대한 신탁의 성립을 주장하였다.

(나) 쟁점 및 법원의 판단

법원은 해당 자금 관련 문서를 통해서 확인할 수 있는 ‘이자’, ‘인출’ 등을 통해서 해당 법률관계는 단순한 이자부 대출 관계일 뿐이지 신탁에 해당하지는 않는다고 판시하였다.

III. 우리 신탁법에의 적용

1. 분별관리를 통한 신탁 설정 의사의 추정

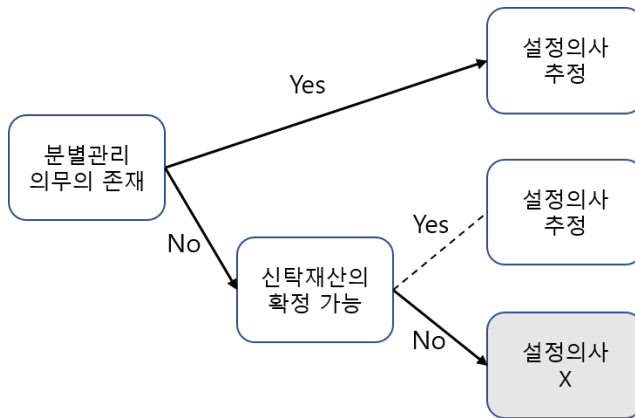
다음으로 논의해야하는 것은 우리 신탁법에서도 앞서 논의한 영미 판례의 접근론을 적용할 수 있는 가이다. 영미 접근론의 기본논리는 수탁자가 자신이 소유한 재산을 굳이 분리하는 일은 신탁에서만 이루어진다는 것을 전제한다. 앞서 설명하였듯이 비용이 발생하는 분별관리를 일부러 하고 있다는 것은 분별관리 의무의 존재를 추정하게 하고, 분별관리 의무의 존재는 신탁에서만 나타나는 고유한 의무이기 때문에 이를 통해 신탁 설정 의사를 추정하는 것은 가능하다는 것이다.

따라서, 우리법에서의 적용 가능 여부도 우리 사법체계에서 신탁을 제외하면 다른 재산관리 제도에서 분별관리 의무가 발생할 여지가 없는지에 따라 판단되어야 할 것이다.

물론, 우리법의 위임이나 임치 등에서도 당사자의 계약에 따라 대상 재산이 분리되어 있을 수 있다. 그러나, 재산관리 제도 자체에서 대상 재산이 보관자의 재산으로부터 분리된 것임을 나타내기 위하여 분별관리 의무를 부과하는 것은 신탁뿐이다. 그러나, 이러한 접근을 통해서 신탁 설정 의사를 추정하는 것일 뿐이라는 점을 유의해야 한다. 추정 이후 신탁 설정 의사의 존재와는 반대되는 사실이나 징표가 있는 경우에는 신탁 설정 의사가 존재하지 않는 것으로 판단할 것이기 때문에, 일단 추정 단계에서 지표로 외부적으로 가장 확인이 쉬운 분별관리 의무의 존재를 사용하는 것은 효율적인 접근 방법으로 판단된다.

따라서, 상기의 접근법을 우리 신탁법에 적용하는 것이 가능하다고 판단된다.⁶⁷⁵

⁶⁷⁵ 동지의 논의로 道垣内弘人, *supra* note 552. at 84; 정순섭, *전제논문* 241.



2. 지표인 분별관리 의무의 구체적 내용

하지만, 신탁 설정 의사를 추정하게 하는 분별관리의 존재 또는 분별관리 의무의 존재가 구체적으로 어떤 것인지는 우리 신탁법만으로는 확인할 수가 없다.

일반적으로 신탁 성립의 여부가 문제가 되는 상황은 ① 수탁자 또는 위탁자가 파산한 경우가 많으며, ② 이미 신탁 재산이 수탁자에게 이전되어 있는 상황인 경우가 대부분이다. 그리고, ③ 이때 문제가 되는 대상 재산은 대부분 금전, 금, 원자재 등의 대체가능 재산들이다. 만약 신탁 재산이 수탁자에게 이전되어 있지 않다면, 영미의 경우에는 신탁이 성립하지 않았을 것이고, 우리 신탁법의 경우에는 신탁은 성립하였지만, 신탁 재산의 이전을 전제로한 신탁 재산의 독립성 효과는 문제가 되지 않기 때문에⁶⁷⁶ 특별히 신탁의 성립 여부가 문제가 될 여지는 많지 않다.

수탁자 또는 위탁자가 파산한 상황에서 신탁의 성립 여부가 문제되는 경우에 신탁 재산이 특정되어 있다는 것은 제3자인 일반 채권자의 입장에서 신탁 재산이 수탁자의 고유 재산으로부터 분리 인식될 수 있도록 관리되고 있다는 것이다.

⁶⁷⁶ 관련 내용은 제 4 장 제 2 절 II. 나.에서 설명하고 있다.

그렇다면, 제 3 자가 신탁 재산을 분리 인식할 수 있는 분별관리는 어떤 것을 의미하는지를 확인해보자. 우리 신탁법은 등기나 등록을 통해서 신탁 재산임을 표기하게 하거나, 이러한 것이 가능하지 않으면, 물리적·외형적 분리를 하도록 요구하고 있다. 이때 애당초 신탁 재산임이 표시되었다면 신탁 성립의 문제는 발생하지 않기 때문에, 상정할 수 있는 것은 대상 재산이 고유 재산으로부터 물리적·외형적 분리가 되어 있는 경우 뿐이다.

이때 물리적·외형적 분리만으로 신탁 설정 의사를 추정할 수 있을지 여부가 문제가 된다. 예를 들어 신탁 재산임을 표시하지 않은 단순한 분리된 계좌에 자금이 들어있다는 이유만으로 신탁 설정 의사까지 추정하는 것은 제 3 자인 일반채권자에게 불측의 손해를 입히는 것이고, 논리의 비약이라는 비판을 받을 수밖에 없다.

즉, 우리 신탁법 제 4 조와 제 37 조는 신탁이 성립한 상태에서 제 3 자에 대한 대항 요건을 정의하고 있는 것이지, 신탁 설정 의사를 추정하게 하는 분별관리 의무를 정의하고 있는 것은 아니다.

영미 판례에서 신탁 설정 의사의 객관적 지표로 작동하는 분별관리의 의무는 단순한 물리적·외형적 분리를 의미하는 것이 아니라, ‘수탁자의 고유사무로부터 분리된 분별관리’를 의미하는 것이다. 와인회사는 신탁 재산인 와인들을 일반적인 거래 와인들과는 다른 장소에 보관해야 하는 것이고,⁶⁷⁷ 신탁 재산을 보관한 계좌는 수탁자의 고유 사무를 위해서는 사용하지 않아야 한다.⁶⁷⁸

⁶⁷⁷ Re London Wine Co (Shippers) Ltd [1986] PCC 121.

⁶⁷⁸ Henry v Hammond [1913] 2 KB 515 DC; 사채원리금 지급대행계약 사건 (대법원 2002. 7. 26. 선고 2000 다 17070 판결)의 경우에도 대상 재산이 별단 계좌에 보관되어 있어서 수탁자의 고유사무(위탁자와의 통상의 금융거래)로부터 분리되어 있었다.

수탁자가 파산한 경우를 가정하였을 때 수탁자의 일반채권자들의 입장에서 기존의 수탁자의 고유 사무에 사용되었던 재산이나 계좌는 당연히 수탁자의 책임재산이 될 것이라고 예상할 것이고, 이때 대상 재산이 물리적·외형적 분리되어 있는지 여부는 중요하지 않다.⁶⁷⁹ 따라서, 신탁 설정 의사가 추정되기 위해서는 ‘수탁자의 고유사무로부터 분리된 분별 관리’의무가 존재해야만 한다.

이러한 ‘수탁자의 고유사무로부터 분리된 분별 관리’의 일관된 구체적인 정의를 내리는 것은 가능하지 않다. 이는 대상 재산의 성격, 고유사무의 특성, 신탁의 목적에 따라 다를 수밖에 없기 때문이다. 따라서, 이에 어느 정도 관례의 축적이 필요할 수밖에 없다.

하지만, 대부분의 문제 경우에서 대상 재산이 대체가능 재산이라는 점을 감안한다면, 신탁 목적이 아닌 다른 이유로 대상 재산의 입출이나 사용이 있었는지 여부를 판단의 시작지점으로 삼을 수 있다. 이러한 입출 내역이나 사용 여부는 외부에서 객관적으로 확인할 수 있는 것이기 때문에 분별 관리 의무의 존재를 객관적으로 확인할 수 있는 지표가 될 수 있다.

다만, 주의해야 할 점은 위의 논의는 모두 신탁 설정 의사의 ‘추정’에 그칠 뿐이라는 점이다. 사후적, 외부적, 객관적으로 판단함에 있어서 ‘실질적인 고유 사무로부터의 분리’가 이루어지고 있는지를 확인하는 것은 쉽지 않은 일이다. 따라서, 객관적으로 대상 재산이 분리 관리되고 있다는 사실만으로 신탁의 설정 의사를 확인하고 신탁의 성립을 인정해서는 안 될 것이다. 예를 들어, 변호사가 자신이 사용하고 있지 않은 계좌에 고

⁶⁷⁹ 예를 들어 실무에서 채무자들이 주로 압류하는 채권자의 계좌는 자신과의 거래에서 채권자가 사용한 계좌들이다. 실상 채무자의 입장에서는 채권자가 고유 업무에 사용하지 않은 계좌를 확인하고, 이를 책임 재산으로 인식하는 것은 매우 어려운 일이다.

객의 자금을 보관하고 있다는 사실만으로 신탁 설정 의사가 존재한다고 해석할 수는 없다. 따라서, 분별 관리 의무의 존재를 통한 신탁 설정 의사의 추정은 다음 단계인 신탁 설정 의사의 확인을 요한다.

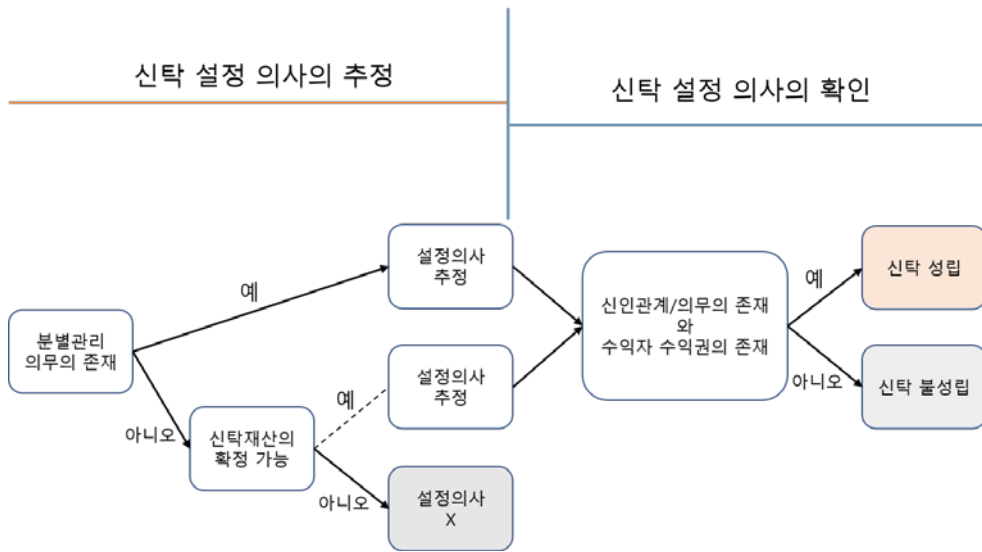
第 3 節 객관적 지표 2: 신인관계와 수익자의 물권적 이익

I. 신탁 설정 의사의 확인

1. 신탁 설정 의사의 확인의 필요성

분별관리 의무의 존재를 통해서 신탁 설정 의사의 존재를 추정하게 되지만, 이는 추정에 불과하기 때문에, 신탁 설정 의사가 없는 것이 명백하다면 신탁은 성립하지 않게 된다. 해당 부분에서 ⁶⁸⁰ 설명하였듯이 단순히 분별관리 의무의 존재만으로는 소비 임치나 부담부 증여 등으로부터 신탁을 구별하는 것이 용이하지 않다.

⁶⁸⁰ 제 2 장 제 2 절 I. 3.



따라서, (목시) 신탁의 성립이 문제가 된 사안에서 영미법원은 단순히 분별관리 의무의 존재 여부를 살피는 것이 아니라, 필요한 경우 이러한 분별관리의 확인 전후에 부가적 또는 독자적으로 당사자들의 권리·의무 관계에서 신탁 설정 의사의 존재 여부를 확인한다.

신탁 설정 의사의 존재는 해당 법률관계에서의 신탁의 본질 요소의 존재 여부를 통해서 확인할 수 있다. 앞서 살펴보았듯이 신탁 설정 의사의 객관적 구성요소인 신탁의 본질은 수탁자에 대한 신인관계를 바탕으로 한 신인의무와 수익자에 대한 물권적 이익의 부여이다.⁶⁸¹ 따라서, 해당 법률관계에서 신탁 설정 의사의 구성 요소인 신인관계와 신인의무의 존재 또는 수익자에 대한 물권적 이익의 부여가⁶⁸² 존재가 확인되지 않으면, 신탁은 성립하지 않게 되는 것이다.

⁶⁸¹ “신탁의 본질적인 4 가지 요소는 형평법적일 것, 수익자에게 물권적 이익을 부여할 것, 수탁자에게 의무를 부여할 것, 그러한 의무는 신인의무일 것”이라고 한다. THOMAS AND HUDSON, *supra* note 89. at 11-12

⁶⁸² 신탁 설정 의사의 구성 요소으로서의 신인관계와 물권적 이익에 대한 자세한 설명은 제 4 장 제 4 절 III. 신탁 설정 의사의 구성 요소에서 다루고 있다.

즉, 이는 분별관리 의무의 확인만으로는 무리하게 확대될 수 있는 묵시 신탁의 성립 범위를 조정하는 게이트키퍼(gatekeeper) 역할에 해당하게 된다.

앞서 설명하였듯이 신탁 설정 의사는 ‘다른 것이 아닌 신탁을 설정하려는 의사’이고 이러한 신탁의 설정 의사의 주요한 본질 요소가 존재하지 않는다면 이는 신탁이 아닌 다른 법률관계이기 때문이다.

2. 신인관계·충실의무의 존재

가. 지표의 의의

신탁은 ‘위탁자가 수탁자에게 재산을 이전하면서 대상 재산이 다른 사람의 특정한 이익을 위해서 사용될 것을 요구하는 신인 의무를 수탁자에게 부과하는 것을 선언할 때’ 성립하는 것이기⁶⁸³ 때문에, 단순히 ‘다른 사람을 위해서’라는 것으로는 충분하지 않고, ‘수탁자와 수익자의 신인관계에 따른 수탁자에 대한 구체적인 의무⁶⁸⁴ 부과’가 표시되어야 한다.

앞서 설명하였듯이 우리 신탁법은 신탁의 정의요소로 수탁자에 대한 의무 부과를 명시하고 있고, 이를 보다 구체화하면 수탁자에 대한 신인의 의무 부과로 볼 수 있다. 문제는 수탁자에 대한 신인의무의 부과는 신탁의 본질 요소이면서 동시에 신탁의 성립 효과이기도 하기 때문에 신탁의 성립 여부가 아직 확정되지 않은 상황에서는 이를 외부적, 객관적으로 확인하는 것이 쉽지 않다는 것이다. 수탁자의 의무는 당사자의 합의뿐만이

⁶⁸³ (미국/연방)Branson School Dist. RE-82 v. Romer 161 F.3d 619

⁶⁸⁴ 정순섭은 이를 “일정한 목적에 따른 처분의무”라고 하였다. ‘정순섭, 전제 논문 241. 341-342 면

아니라, 신탁법에 의해서 부과되는 것이기도 하기 때문에, 당사자들의 합의 내용에 수탁자의 신인의무가 구체적으로 포함되어 있지 않았다고 해서 항상 신탁을 의도한 것이 아니라고 보아서는 안된다. 따라서, 당사자가 의도한 법률관계에 대한 합의 내용에 신인의무들이 명시되어 있다면 좀 더 간편하겠지만, 그렇지 않다면, 신인의무의 존재 또는 신인의무가 존재할 필요성을 알려주는 객관적 지표가 있어야만 한다.

제 3 장에서 설명하였듯이 신인의무는 신인관계의 특수성으로 인해서 부과되는 의무이다. 따라서, 신인관계가 존재한다면 신인의무가 존재하는 것으로 볼 수 있고, 신인관계는 해당 관계의 목적 등을 통해서 외부적, 객관적으로 확인이 가능하다. 즉, 당사자가 설정하고자 한 법률관계가 수탁자의 재량으로 인해서 위탁자(또는 수익자)가 위험에 노출될 가능성이 없는 단순한 보관 등인 경우에는 신인관계에 해당하지 않고, 따라서 신탁 설정 의사는 존재하지 않는다.⁶⁸⁵

이때 유의할 점은 수탁자에게 재산의 보관을 시키는 것은 당사자의 언어나 행동을 통해 표현된 의사를 바탕으로 한 신탁 설정 행위일 수도 있고, 법이나, 규칙 등의 규정에 의한 것일 수도 있다는 것이다.

법이 누군가에게 타인의 이익을 위해서 대상 재산을 관리할 것을 규정하고 있고, 이러한 규정의 내용이 수탁자에게 신탁의 수탁자 의무를 부과하고 있는 것이라면, 이 또한 신탁의 성립이 될 수 있다. 법률 등의 규정에 대한 해석도 당사자의 설정 의사에 대한 해석 원칙이 동일하게 적용되어야 한다. 즉, ‘신탁’과 같은 특정 용어를 사용해야만 신탁이 성립

⁶⁸⁵ 신탁은 신인관계에 속하고, 신인관계는 ‘위탁자가 전문성을 가진 수탁자에게 서비스를 받기 위하여 재산이나 관리를 위탁하고 이러한 위탁으로 인해서 위탁자는 신인의무자의 배신이나 잘못된 행위로 인한 위험에 노출되는 관계’를 의미한다 FRANKEL, *supra* note 291. at 6-11

하는 것이 아니기 때문에, 법률의 규정에 ‘신탁’이나 ‘수탁자’라는 용어가 없더라도 신탁이 성립할 수는 있다.⁶⁸⁶

나. 지표의 내용과 예시

이러한 신인관계의 확인은 초기 부동산이나 자금의 단순한 보관과 같은 사유에서는 그 확인이 간단했으나, 이후 보다 복잡한 상거래나 금융거래들에 있어서는 거래의 유형과 보관의 방식, 보관자의 재량, 계좌의 특성 등이 중요한 지표가 되었다. 하지만 유의해야 하는 점은 신탁 재산에 따라 신탁 성립을 위해서 필요한 신인관계와 신인의무의 구체성이 다를 수 있다는 것이다. 예컨대 부동산이 신탁 재산인 경우 세세한 규정이 필요할 수 있지만, 신탁 재산이 주식인 경우에는 구체적인 의무의 표시는 필요 없다는 판례도 존재한다.⁶⁸⁷ 하지만, 대부분의 경우 당사자가 설정을 의도한 법률관계에서 수탁자의 재량과 수익자의 이익의 관계 등을 통해서 외부적으로 신인관계를 기반한 신인의무(충실의무)의 존재를 확인하는 것은 가능하다.

⁶⁸⁶ 위와 같은 내용이 중요한 이유는 역시 신탁을 통한 새로운 금융 상품 투자자의 보호와 관련이 있다. 관련 내용은 제 5 장 제 3 절과 제 4 절에서 설명하도록 한다.

⁶⁸⁷ 예로는 *Rollestone v. National Bank of Commerce in St. Louis* 299 Mo. 57

상기의 지표에 따라 우선 단순한 임치(bailment),⁶⁸⁸ 담보(charge),⁶⁸⁹ 대금 지급, 위탁자의 지시와 관리에 따르는 신탁, 은행에 맡긴 예금⁶⁹⁰ 등은 원칙적으로 신탁에 해당하지 않는다.

보다 구체적인 사례로 관련법⁶⁹¹에서 수감자들의 돈을 교도소장이 관리하는 계좌에 보관하게 한 경우, 관련 규정이 단순히 교도소장에게 보관

⁶⁸⁸ Duggan v Governor of Full Sutton Prison [2003] 2 All ER 678.

⁶⁸⁹ 예로는 옷감회사가 의류회사에 공급한 옷감 대금에 대한 담보로 아직 사용하지 않은 옷감과 그 옷감으로 만든 옷에 대해 가지고 있던 권리를 단순한 유동 담보(floating charge)로 보아 신탁의 성립을 부정한 사례가 있다. Clough Mill v Martin, [1984] 3 All ER 982.

⁶⁹⁰ Foley v Hill (1848) 2 HL Cas 28, 9 ER 1002, 1005.

⁶⁹¹The Prison Rules 1999

Prisoners' property

43.(1) Subject to any directions of the Secretary of State, an unconvicted prisoner may have supplied to him at his expense and retain for his own use books, newspapers, writing materials and other means of occupation, except any that appears objectionable to the board of visitors or, pending consideration by them, to the governor.

(2) Anything, other than cash, which a prisoner has at a prison and which he is not allowed to retain for his own use shall be taken into the governor's custody. An inventory of a prisoner's property shall be kept, and he shall be required to sign it, after having a proper opportunity to see that it is correct.

(3) Any cash which a prisoner has at a prison shall be paid into an account under the control of the governor and the prisoner shall be credited with the amount in the books of the prison.

(4) Any article belonging to a prisoner which remains unclaimed for a period of more than 3 years after he leaves prison, or dies, may be sold or otherwise disposed of; and the net proceeds of any sale shall be paid to the

할 것만을 규정하고 수탁자의 의무에 해당하는 다른 내용을 부과하고 있는 않다면, 교도소장을 수탁자로 하는 신탁이 성립하는 것은 아니라고 한 사례가 있다.⁶⁹²

반면에 변호사협회(The Law Society)가 변호사와 고객 간의 분쟁 등에 중재를 들어가는 경우, 관련법⁶⁹³에서 변호사협회로 하여금 분쟁과 관련된 돈을 보관하게 한 것에 대해서는 관련 규정 전체의 내용과 의도의 해석을 통해 신탁의 성립을 인정하였다.⁶⁹⁴

앞서 설명하였듯이 신탁은 재산의 이전과 위탁자의 관리권의 부재로 인해서 수탁자의 재량으로 수익자가 많은 위험에 노출되는 것을 특징으로 하고, 이와 같은 특징으로 인해서 신탁의 정의는 ‘수탁자에게 부과되는 의무’이자, ‘수탁자에게 의무 부과가 필요한 법률관계’로 보아야 한다.

이를 뒤집어서 생각하면, 만약 위탁자에게 강한 관리권이 있거나, 수탁자에게 수익자를 위험에 빠트릴 수 있는 재량이나 의무 위반 가능성이 없는 관계라면 이는 굳이 수탁자에 대한 강한 의무가 부과 될 필요가 없는 관계이며, 신탁에 해당하지 않는 것일 수 있다.

앞선 *Duggan v Governor of Full Sutton Prison* 사례에서 관리소장은 재소자들이 감옥 안에서 돈을 보관할 수 없기 때문에 재소자들의 돈을 보관하고 있을 뿐이었다. 관리소장은 보관하고 있는 돈을 자신의 재량으로 운영, 처분 등을 할 수 없으며, 애당초 보관의 목적에서 관리소장에

National Association for the Care and Resettlement of Offenders, for its general purposes.

(5) The governor may confiscate any unauthorised article found in the possession of a prisoner after his reception into prison, or concealed or deposited anywhere within a prison.

⁶⁹² *Duggan v Governor of Full Sutton Prison* [2003] 2 All ER 678.

⁶⁹³ the Solicitors Act 1974

⁶⁹⁴ *Re Ahmed & Co (a firm) and others* [2006] EWHC 480 (Ch)

게 채소자의 이익을 위하여 돈을 운영할 것을 요구하고 있지도 않다. 따라서, 관리소장의 재량적 행위로 인해서 맡긴 돈에 대한 채소자들이 이익이 침해받을 가능성은 없고,⁶⁹⁵ 채소자들의 이익이 침해받을 가능성이 없다면, 관리소장에게 수탁자의 의무가 부과될 필요가 없으며, 수탁자의 의무가 부과될 필요가 없다면, 그러한 관계는 신임관계에 속하지 않고, 신탁 관계에도 해당하지 않는 것이다.

3. 수익자의 물권적 이익 존재

가. 지표의 의의

앞서 살펴보았듯이 우리 신탁법은 수익자에게 수탁자의 의무위반에 대한 구제수단을 부여하고 있고, 수익자의 이익을 보호하기 위해서 강력한 신탁재산의 도산격리와 추급효 등을 인정하고 있다. 즉, 신탁의 수익자는 단순한 채권적 이익만을 가지고 있는 것이 아니라, 물권적 이익(property interest⁶⁹⁶)을 가지고 있다고 보아야 할 것이다.

수탁자에 대한 신인관계와 신인의무가 인정된다고 해서 무조건 신탁에 해당하는 것은 아니다. 당사자가 수익자에게 신탁에 따른 이익을 부여하고자 하지 않았다면 이는 신탁을 설정하고자 한 것이 아니다. 즉, 단순

⁶⁹⁵ 관리소장이 보관중인 돈을 훔치거나 횡령하는 것은 관리소장의 재량에 속하는 것이 아닌 범죄 행위에 해당한다.

⁶⁹⁶ 채권과 물권의 준별에 있어 대륙법에 비해 상대적으로 엄격하지 않은 영국 문헌에서는 property interest 가 문맥에 따라 재산권 또는 물권적 이익의 의미를 가지고 있다. 본 문단의 맥락에서는 채권(obligation)이 아닌 물권적 이익의 의미로 이해되어 물권적 이익으로 번역하였다. 수익자의 수익권의 성질에 대한 보다 자세한 논의는 이제정, *supra* note 90; 이제정, *supra* note 115.

히 다른 사람에게 이익을 주고자 하는 일반적 의사(*generalized intention*)만으로 신탁 설정의사가 충분한 것은 아니다.⁶⁹⁷ 신탁을 설정하기 위해서는 수익자에게 신탁의 물권적 이익을 설정하겠다는 특정한 의사가 필요하다.⁶⁹⁸ 단순히 대상 재산으로부터 나오는 일정 수익만을 부여하고, 대상 재산에 대한 물권적 권리를 가지고 있지 않다면, 이는 제 3 자를 위한 계약에 해당하기 때문이다.

예컨대 S가 생전 자신이 보유한株式이 ‘B의 이익을 위해서 쓰이길 원한다는 의심할 수 없는 의사’(undoubted general intention to benefit B)를 표시하였고, T를 수탁자로 하는 B를 위한 신탁도 준비하였고, 해당株式의 배당금이 B에게 지급이 되어 왔었다고 하더라도, S가 사망할 때까지 자신을 수탁자로 선언하거나, 수탁자로 예정된 T에게 대상株式을 이전하지 않았거나 또는 B에게 대상株式을 직접 이전하지 않았다면, S의 사후 B는 신탁의 성립과 자신이 신탁의 수익자임을 주장할 수 있는지 여부가 문제가 될 수 있다.

위와 같은 사례에서 영국 법원은 S가 신탁을 설정할 수 있었음에도 신탁을 설정하지 않은 것이고, 이는 동시에 S가 B에게 신탁 수익자의 물권적 권리를 부여하지 않은 것이며, S 자신이나 T에게 수탁자의 의무를 부과한 것도 아니므로, B를 수익자로 하는 신탁이 설정되지 않은 것으로 보아야 한다고 취지로 판시하였으며,⁶⁹⁹ 이는 형평법의 ‘형평법은 이루어지지 않은 증여를 완성시켜 주지 않는다’(Equity will not perfect an imperfect gift)는 법언과 ‘형평법은 대가(*consideration, contribution*) 없이

⁶⁹⁷ 단순한 호의, 희망, 권장 등의 표현이 사용된 경우에는 신탁 설정 의사의 존재 여부가 문제가 될 수 있다. 四宮和夫, *supra* note 7. at 106-107 이는 결국 계약에서 당사자가 법적 구속력이 있는 계약의 성립을 원하였는지를 판단할 때와 마찬가지로 당사자의 관계와 법률행위의 배경 등에 대한 전반적인 확인을 통해서 판단되어야 할 것이다.

⁶⁹⁸ GARTON ET AL., *supra* note 3. p179

⁶⁹⁹ Milroy v Lord [1862] EWHC J78

이익을 기대하는 자를 도와주지는 않는다’(Equity will not assist a volunteer)는 법언의 취지에 따른 결론으로 볼 수 있다.

신탁을 설정하고자 하는 의사는 다른 이에게 물권적 이익을 설정해 주고자 하는 의사이다. 따라서, 물권적 이익을 부여하는 신탁 설정을 위한 신탁 재산의 이전을 할 수 있음에도 하지 않았다면, 이는 애당초 물권적 이익을 설정해줄 의사가 없었다는 것이고, 다시 말하면 신탁을 설정하고자 하는 의사가 없었다는 것이다. 그러나, 주의할 점은 역은 성립하지 않는다는 것이다. 대상 재산이 이전되었다고 하더라도, 애당초 수익자에게 물권적 이익인 신탁의 수익권을 부여할 의도가 없었다면 이 역시 신탁을 설정할 의사에 해당하는 것은 아니다.

따라서, S가 T에게 대상 재산의 소유권을 완전히 증여하면서, T가 B의 이익을 배려하기를 단순히 소망한 것은 신탁의 설정에 해당하지 않고, S가 자신의 재산을 자식인 B를 위해서 사용하고 있다고 하더라도 S가 자신을 수탁자로 표시하지 않았다면 신탁이 성립한 것이 아니다.

나. 지표의 내용과 예시

수익자의 물권적 이익의 주요한 내용들은 일정 부분 신탁의 성립을 통해서 나타나는 효과이기도 하다. 따라서, 신탁 성립 여부의 확인단계에서는 외부적으로 확인하기 어려울 수 있다. 그러나, 이는 수익자의 물권적 이익과 충돌하는, 모순되는 사실의 존재를 통해서 해결할 수 있다. 예를 들어 수탁자에게 대상 재산에 대한 완전한 처분권이 존재하는 법률관계라면 당사자들이 수익자에게 물권적 이익의 부여를 의도한 것으로는 생각할 수 없기 때문이다. 즉, 수익자의 물권적 이익의 존재는 수익자의 물권적 이익의 부재의 확인을 통해서 확인할 수 있다.

수익자의 물권적 이익의 부재의 확인은 신인관계의 존재의 확인 단계에서 함께 이루어질 수 있다. 수탁자의 권리·의무의 확인을 통해서 수익자가 가지는 이익의 성격을 알 수 있기 때문이다. 수탁자에게 신탁의 수익

권을 바탕으로 한 추급권 등의 권리가 인정되지 않고, 단순히 대상 재산으로부터 이익만을 공여 받는 증여자-수증자, 채권자-채무자의 관계만 존재한다면, 이는 신탁에 해당하지 않게 된다. 만약, 재산의 보관자에게 대상 재산에 대한 완전한 처분권이 있고, 수익자는 단순히 보관자로부터 일정 이익을 증여 받는 관계일 뿐이라면, 이에 대해서는 신탁법이 개입할 필요가 없다.

이러한 부분에서 수익자의 물권적 이익의 존재 확인은 앞서 살펴본 신탁재산의 실질적 분별관리 의무의 존재 확인과도 연결된다. 보관자인 수탁자에게 보관 재산에 대한 제약 받지 않은 처분권이 존재하는 경우에는 수익자에게 물권적 이익이 존재하지 않는 것이며 이와 동시에 대상 재산이 분별관리되지 않고 있는 것이기도 하다.

수탁자의 물권적 이익 존재의 예로는 수탁자의 도산으로부터 수익자의 이익을 보호하는 것을 목적으로 하는 ⁷⁰⁰ 합의나 의무 부과, 대상 재산이 오로지 수익자의 이익만을 위해서 사용될 것을 규정한 의무 등이 있고, 주요한 지표는 재산을 보관하는 자에게 처분 재량이 있는지, ⁷⁰¹ 위탁자의 취지가 어떤 것인지 정도가 주요한 지표이다.

II. 관련 주요 판례

(1) re Bergethaler Waisenamt. 54 Man. R. 484.⁷⁰²

(가) 사실 관계

⁷⁰⁰ 예로는 Re Kayford [1975] 1 WLR 279

⁷⁰¹ 예로는 Cravero v. Holleger. 566 A.2d 8

⁷⁰² 캐나다, 인용케이스로는 Sinclair v. Brougham, [1914] A.C. 398, 83 L.J. Ch. 465.

Fehr(투자자)는 자금의 대출 및 투자 업무를 하는 회사에 돈을 맡겼다. 이와 관련한 문서에는 투자자가 신탁 채권자(Trust creditor)라고 언급되어 있고, 회사는 신탁으로서(in Trust) 자금을 보관한다고 되어 있었으며, 회사는 투자자에게 일정 이자를 지급하고, 이전 받은 자금을 투자, 재투자하는 것에 있어서 절대적 재량을 가진다고 명시하고 있었다. 이후 회사가 파산하자, 투자자는 신탁의 존재를 근거로 우선권을 주장하였다.

(나) 쟁점 및 법원의 판단

법원은 ‘신탁’이라는 용어가 사용되었다고 하더라도, 이자의 존재와 분별 관리 의무의 부재, 회사의 완전한 처분 재량 등을 볼 때 본 관계는 이자부 대출 관계이지 신탁에는 해당하지 않는다고 판시하였다.

(2) Branson School Dist. RE-82 v. Romer 161 F.3d 619

(가) 사실 관계

the Colorado Enabling Act 는 공립학교를 지원하기 위해서(for the support of common schools) Colorado 주정부에게 연방 토지를 지원한다고 규정하고 있는데, 이러한 규정이 의회가 Colorado 주정부를 수탁자로, 공립학교를 수익자로 하는 연방 토지에 대한 신탁의 성립을 의도한 것인지가 문제가 되었다.

(나) 쟁점 및 법원의 판단

법원은 신탁은 위탁자가 수탁자에게 재산을 이전하면서 대상 재산이 다른 사람의 특정한 이익을 위해서 사용될 것을 요구하는 신인 의무를 수

탁자에게 부과하는 것을 선언할 때 성립한다 라고 판시하면서, 신탁 성립 의사 표현을 위해서는 ‘신탁’이나 ‘수탁자’라는 표현은 필요하지 않다면서, Restatement(Second) of Trusts § 23 의 코멘트(위탁자가 의도한 법률관계가 ‘신탁’이라 불리는 것인지를 인식하였는지 아닌지는 중요하지 않다)를 인용하였다.

법원은 단순히 ‘공립학교를 지원하기 위해서’라는 내용만으로는 신탁 설정 의사를 확인할 수 없지만, the Colorado Enabling Act 가 학교 토지에 관해서 Colorado 주정부와 공립학교 사이의 신탁 관계를 창설(create)하고자 하는 의도(intend)를 나타내는 충분한 의무들을 포함하고 있기 때문에, 신탁의 설정을 의도한 것을 확인할 수 있다고 판시하였다.

(3) Cravero v. Holleger. 566 A.2d 8

(가) 사실 관계

남편과 전부인은 이혼하면서, 그들의 공동 재산이었던 the Flying Dutchman 이라는 작은 trailer park(재산)은 남편이 소유하고, 대신 남편은 부인에게 매달 일정 금액을 보내고, 남편은 재산을 매각할 수 있지만 매각할 경우 전부인에게 매각 대금의 일정 부분을 줄 것과, 만약 남편이 사망 시점에 결혼을 하지 않았고 아직 재산을 매각하지 않았다면, 매각 재산은 다시 전부인에게 오도록 하고, 만약 결혼했다면 대상 재산 가치의 일정 부분을 전부인에게 주도록 계약을 하였다. 이후 재혼한 상태에서 남편이 사망하였고, 전부인은 재산에 대한 신탁의 존재를 주장하였다.

(나) 쟁점 및 법원의 판단

법원은 신탁의 성립을 위해서는 특별한 언어가 필요하지 않고, 신탁에는 두 가지 소유권이 있는데 수탁자에게는 법적 소유권이, 수익자에게는 형평법적 소유권이 있다고 하면서, 본 사안에서 전부인과 죽은 남편의 계약의 내용 중 남편이 재산을 매각할 수 있거나, 사망 시 새로운 부인이 재산을 가지게 되는 점 등을 볼 때 신탁의 존재와는 모순된다고 하여, 전부인은 단순한 계약 상의 권리만을 가진다고 판시하였다.

(4) Jones v Lock, (1865-66) L.R. 1 Ch. App. 25 (1865)

(가) 관련 쟁점 및 법원의 판단

아이의 아버지가 신생아의 손에 수표를 쥐어 주고, 해당 수표가 아들을 위해서 사용될 것이라고 말하였다.

이후 아버지가 사망 후 해당 수표가 발견되자 이에 대한 신탁의 성립 여부가 문제가 된 사안에서 법원은 이러한 느슨한 일상적 대화를 통해서 (신탁과 같은) 중요한 거래가 이루어지는 것은 위험하다고 하면서, 신탁의 성립을 부정하였다.

III . 우리 신탁법에의 적용

대상 재산이 분별관리되고 있더라도, 이러한 분별관리 의무의 이유가 항상 신탁인 것만은 아니다. 따라서, 분별관리 의무의 존재 여부에 대한 확인과 함께, 신탁 설정 의사 특징적 본질 요소의 존재 여부는 확인이 되어야 한다. 그러나, 앞서 논의한 영미의 신인관계에 따른 수탁자의 신인의무(충실의무)와 수익자의 물권적 이익의 존재 여부를 우리 신탁법에

서도 신탁 설정 의사의 존재의 객관적 지표로 사용할 수 있는지는 검토를 해야만 한다.

1. 신인관계·신인의무의 존재

우선 검토해야하는 것은 우리 신탁법에서 신인관계와 신인의무를 신탁의 구성 요소로 인식하고 있는지 여부다.

앞서 설명하였듯이 우리 신탁법은 수탁자에게는 영미 신탁의 신인의무와 같은 기능을 하는 관리의무와 충실의무를 부과하고 있다. 그리고, 충실의무는 민법의 다른 재산관리 제도와 비교하여 신탁만의 특유한 의무로 볼 수 있어서, 신인의무(충실의무)를 신탁의 고유한 지표로 볼 수 있다.

문제는 신인관계라는 개념을 우리 신탁법에서 신탁의 구성요소로 볼 수 있는지 여부다. 주지하듯이 우리법은 영미의 신인관계를 우리 법체계의 개념지표로 인정하고 있지는 않다.⁷⁰³ 그러나, 우리 신탁법에 따른 신탁

⁷⁰³ 일부 국내 문헌의 경우에는 신탁법 제 2 조의 ‘신임관계’라는 용어를 영미법의 신인관계(fiduciary relationship)와 동일 또는 유사한 의미로 파악하고 있는 경우가 있으나, ① 우리법과 판례가 신임관계라는 개념을 명시적으로 받아들이는 경우를 확인하기는 어려우며, ② 우리법에서의 ‘위임’과 ‘신임’이라는 용어와 영미법에서 차용한 신인관계라는 용어와는 그 기원과 내용에서 차이가 있기 때문에 이러한 ‘신임관계’라는 용어의 존재만으로 우리 신탁법이 영미법의 신인관계를 신탁의 정의 개념으로 명시적으로 포섭하고자 한 것으로 판단하기는 어렵다. fiduciary relationship 을 ‘신임관계’로 해석한 사례로는 이지민, *supra* note 313. 각주 2 번; 신탁법 개정 논의 과정에서의 신임관계에 대한 설명으로는 신탁법 해설, *전개서* 34. 9 면; 우리 상법상 이사의 주의의무와 충실의무가 영미법의 신인의무와 동일한 것인지에 대해서는 논의가 있으며, 설사 동일한 것이라고 가정하더라도, 법원이 이를 영미의 신인의무와 마찬가지로 상법 제 382 조의 3

또한 수탁자에게 신탁 재산이 이전되어 있고 수탁자의 재량에 따른 수익자의 위험을 예상하고 있는 점을 감안하면, 영미법 상의 신인관계에 해당하고, 신인관계라는 개념 표지를 우리법이 명시적으로 인정하고 있는지 여부와 상관없이 우리 신탁법의 신탁 또한 신인관계를 그 구성요소로 보고 있다고 할 수 있을 것이다.

더 나아가, 우리 신탁법 제 2 조는 일본 신탁법 제 2 조와는 달리 위탁자가 수탁자에게 재산을 이전하는 것은 ‘신임관계에 기하여’ 행하는 것임을 명시하고 있다. 물론 이러한 ‘신임관계’가 영미법상의 개념표지인 신인관계를 의미하는 것은 아니지만, 이는 신탁의 본질적 특성을 의미하는 것이라고 한다.⁷⁰⁴ 일반적인 민법의 재산 관리 제도인 위임(제 680 조)이나 대리, 임치 등에서는 위임인이 수임인이나 대리에 대해서 어떠한 특별한 신뢰를 가지고 있는 관계라는 문구를 명시적으로 적시하고 있지 않다. 또한, 개정 전 구신탁법에서는 ‘특별한 신임관계’라고 되어 있었다는 점⁷⁰⁵을 감안하면, 우리 신탁법의 입법자들은 신탁이 기존의 민법의 다른 재산관리제도와는 다른 ‘특수한 관계’임을 인지하고 이를 명시한 것으로 판단된다.

‘신임관계에 기하여’를 영국 신탁의 일반적인 표현으로 바꾸면 ‘in trust’ 또는 ‘in confidence’에 해당하는 것으로 볼 수 있다.

이러한 신뢰를 바탕으로 한 관계는 신탁관계가 가지는 수익자의 위험의 본질적인 이유에 해당한다. 수탁자를 신뢰하였기에 신탁 재산의 법적 권리를 이전하고, 수탁자의 재량으로 인한 위험에 자신을 노출시킨 것이고

의 일반조항을 적극적으로 활용할 것인지는 미지수이다. 동지의 논의로 송옥렬, 상법강의 (9 판 ed. 2019). 1034-1035 면

⁷⁰⁴ 신탁법 해설, *supra* note 34. p9

⁷⁰⁵ 구 신탁법에서도 ‘특별한 신임관계에 기하여’라고 명시되어 있었고, 개정과정에서 ‘특별한’을 삭제하였다.

그러한 위험 때문에 신탁법의 개입을 필요로 하는 것이다. 그리고, 이는 영미법의 신인관계와 유사한 의미로 해석이 가능하다.

반대로, 신뢰하지 않기 때문에 자신을 계약을 통해서 충분히 지킬 수 있는 상황이라면 이는 신탁이 개입하여 수탁자의 신뢰를 배신하는 행위(breach of trust)로부터 수익자를 보호할 필요가 없는 것이고, 이는 결국 ‘수탁자에 대한 일정한 의무가 부과되어야 하는 관계’에 해당하지 않아서 신탁에 해당하지 않게 될 것이다.

또한, 앞서 살펴보았듯이 우리 신탁법에서의 수탁자에 대한 충실의무의 부과 자체가 다른 재산관리제도와 비교되는 신탁만의 고유한 특성임을 감안하면, 우리 신탁법에서도 ‘신인관계에 따른 수탁자의 신인의무의 존재’ 여부확인도 신탁 설정 의사의 확인의 지표로 기능할 수 있다할 것이다.

2. 수익자의 물권적 이익의 존재

신탁법 제 2 조의 명문의 내용만으로는 동조에서 설명하는 ‘수익자의 이익’이 영국 신탁에서 설명하는 물권적 이익을 내포한 것을 의미하는 것인지, 수탁자에게 ‘필요한 행위를 하게 하는’ 것의 의미가 영국 신탁에서 설명하는 신인의무에 해당하는 것인지는 확인하기 어렵지만, 신탁법의 전체 규정들을 통해서 윤곽을 확인할 수는 있다.

우리 신탁법 규정을 살펴보면, 제 22 조, 제 23 조, 제 24 조를 통해서 신탁재산의 독립성을 인정하고 있으며, 법 제 75 조, 제 77 조를 통해서 수익자의 취소권과 유지청구권을, 법 제 43 조 제 1 항을 통해서 수익자의 수탁자에 대한 원상회복 청구권과 동조 제 3 항을 통해서 이득반환 청구권을 규정하고 있다. 이는 수익자의 수익권의 성질에 대한 논의와 상관

없이 신탁법이 수익자에게 일반적인 채권을 넘어선 ‘기능상 물권에 유사한’ 권리를⁷⁰⁶ 인정하는 것으로 볼 수 있다.

따라서, 수익자에게 물권적 이익이 아닌, 단순한 수익 배분의 채권 등만이 있고, 수탁자에게 해당 재산에 대한 완전한 처분 권한이 있다면 이는 상기의 수익자의 물권적 이익을 보호하는 규정들과 모순되는 것으로 판단할 수 있을 것이고, 이 경우 당사자는 신탁의 설정을 의도하지 않았다고 볼 수 있을 것이다.

위에서 살펴보았듯이 우리 신탁법 또한 영국 신탁에서 요구하는 수탁자의 물권적 이익과 수탁자에 대한 의무 부과와 필요성을 신탁의 본질 요소로 받아들이는 것에 큰 문제가 없으며, 이는 묵시 신탁의 무분별한 성립을 한정하기 위한 기준으로써도 합리성을 가지고 있다.

IV. 소 결

상기 논의를 통해서 우리 신탁법에서分別관리 의무의 존재와 신인관계에 따른 신인의무(충실의무)의 존재 그리고, 수익자의 물권적 이익의 존재를 통해서 신탁 설정 의사를 추정 및 확인할 수 있고 이를 통해 묵시 신탁의 성립을 확인할 수 있다는 것을 확인하였다.

이하에서는 이러한 기준을 적용하여, 신탁을 다른 재산관리 제도로부터 구별할 수 있는지 확인하고, 기존의 주요 묵시 신탁 판례에 적용하여 효용성을 확인하도록 한다.

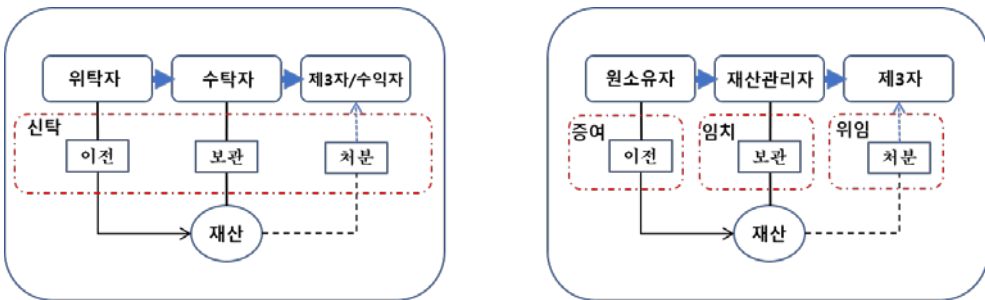
第 4 節 지표 적용 및 확인

⁷⁰⁶ 이계정은 이를 물권화된 채권이라고 설명하고 있다. 이계정, *전계논문* 90.

I. 유사 법률관계와의 구별 ⁷⁰⁷

1. 신탁과 유사 법률관계

앞서 제 2 장에서는 우리 신탁법의 구조적 정의로는 신탁과 유사 법률관계인 증여, 임치, 위임과 구별하는 것이 용이하지 않음을 설명하였다.



이러한 유사 법률관계와의 구별에서 신탁을 확인하기 위해서는 당사자의 설정 의사를 확인하여야만 하고, 이를 위해서는 신탁 설정 의사의 객관적 지표가 요구된다.

이하에서는 위에서 논한 객관적 지표를 중심으로 신탁 설정 의사를 확인하고 이를 통해 신탁을 구별하도록 한다.

2. 증여, 부담부 증여와의 구별

먼저 검토해야 하는 것은 분별관리 이행 여부에 따른 구별 가능성이다.⁷⁰⁸ 신탁이 아닌 부담부 증여의 경우에는 수증자는 증여 받은 재산에 대한 완전한 권리를 보유하고, 이에 대한 분별관리 의무를 지지 않는다.

⁷⁰⁷ 이하에서는

⁷⁰⁸ 신탁의 객관적 지표로서의 분별관리 의무의 존재에 대해서는 제 5 장 제 2 절에서 설명하도록 한다.

따라서 외견적으로 확인되는 대상 재산의 분별관리 이행 여부의 확인을 통해서 신탁의 설정을 의도한 당사자의 의사를 추론할 수는 있다.

그러나, 이때 유의할 점은 앞서 설명하였듯이 애당초 당사자가 신탁의 설정을 의도하였다면 분별관리 여부와 관계없이 신탁이 성립하는 것이고, 이와 반대로 대상 재산이 분별관리되고 있다고 하더라도 당사자가 의도한 것이 신탁이 아니라면 신탁은 성립하지 않을 수 있다는 것이다.

즉, 대상 재산의 분별관리는 분명히 당사자의 신탁 설정 의사를 추론할 수 있게 해주는 강력한 객관적 표지이기는 하지만, 애당초 당사자들의 의도한 법률관계의 실질이 신탁에 해당하지 않는다면 신탁은 성립하지 않는다.

이때 검토할 수 있는 것은 수증자의 부담과 대상 재산의 관계 측면에서의 차이점이다. 수탁자의 의무는 기본적으로 ‘특정 목적을 위해 대상 재산을 관리·처분’하는 것이어서 의무의 대상 자체가 해당 재산이다. 반면 부담부 증여를 보면, 부담부 증여가 대상 재산의 증여와 부담이 대가관계에 있는 쌍무계약이나 유상계약은 아니라고 하더라도,⁷⁰⁹ 증여 자체는 수증자의 부담 이행에 대한 대가의 성격을 어느 정도 지니고 있고,⁷¹⁰ 부담의 내용에 증여 받은 재산의 관리나 처분을 포함시켜야만 하는 것은 아니다.

따라서 증여자가 건물을 증여하면서 자신을 부양할 것을 부담으로 할 경우 이는 부담부 증여일 가능성이 높고, 건물의 소유권을 이전하면서, 자신을 위해서 건물을 관리해줄 것을 요구할 경우 이는 신탁에 해당할 가능성이 높다.

하지만 건물을 수증자에게 증여하면서, 건물을 통해서 발생하는 임대료 등의 수익을 증여자의 미성년 자녀를 위해서 사용할 것을 부담으로 하는

⁷⁰⁹ 지원림, *전제서* 74. P628

⁷¹⁰ 앞서 설명하였듯이 부담이 이행되지 않으면 증여를 해제할 수 있다.

경우와 같이 부담의 일부분이 증여받은 재산의 관리나 처분과 관계된 것일 경우에는 구체적인 당사자간의 관계와 당사자가 의도한 수증자의 부담의 내용, 이익을 받는 자의 권한 등에 대한 구체적인 확인이 있어야만 해당 법률관계의 성격을 파악할 수 있을 것이다.⁷¹¹

즉, 구체적인 사실 관계에서 수익자에게 단순한 이익의 배당만이 이루어지고 있는 경우에는 조건부 증여로 보아야할 것이고, 수익자가 대상 재산에 대한 물권적 이익을 가지고 있을 때에만 신탁으로 보아야 할 것이다.

3. 임치, 소비 임치와의 구별

신탁과 달리 임치의 경우, 수처인에게 이전된 재산을 수처인이 분별관리해야 할 의무가 없으므로, 예외적으로 분별관리가 필요한 경우가 아님에도 재산 관리자가 대상 재산을 분별관리하고 있다면, 이는 당사자 사이에서 의도한 법률관계가 신탁임을 알려주는 징표라 할 수 있을 것이다.

그러나, 대상 재산의 임치 보관 방법에 있어서 물리적 분리나 독립 계좌에 보관하는 경우는 있을 수 있으므로, 당사자가 단순한 보관을 의도한 것인지, 아니면 수탁자의 재량에 따른 관리에 수익자의 이익이 영향을 받는 관계를 의도하였던 것인지에 대한 확인이 필요하다. 하지만, 임치와 위임이 결합한 경우에는 때에 따라서는 수임자와의 신인관계가 인

⁷¹¹ RESTATEMENT (THIRD) OF TRUST, § 5. Cmt h.에서는 증여자가 자신의 일정한 수익내용을 조건(condition)으로 이전(증여)하는 경우, 예컨대 부모가 자식에게 생전 증여하면서 자신을 부양할 것을 조건으로 한 경우 이는 신탁보다는 조건부 이전(transfer subject to a condition)을 의도한 것으로 보아야 하고, 제 3자의 이익을 조건으로 하는 이전의 경우에는 다른 증거가 없다면, 조건부 이전이 아닌 신탁을 설정하려는 의사로 보아야할 것이라고 설명하고 있다. 이와 관련된 논의로는 SCOTT, FRATCHER, AND ASCHER, *supra* note 26. at 81-83

정될 여지가 있기 때문에 단순히 신인관계에 따른 신인의무(충실의무)의 존재의 여부 확인만으로는 충분하지 않다.

4. 위임, 간접대리와 의 구별

간접대리나 위임과 임치가 결합한 경우에는 당사자가 계약으로 분별관리를 요구하였을 가능성이 높기 때문에, 분별관리 의무의 존재만으로 신탁 설정 의사 존재를 확인할 수는 없다.

우선 적용할 수⁷¹² 있는 점은 신인관계와 신인의무의 존재 여부에 대한 확인인데, 간접대리나 위임의 경우에는 구체적인 경우에 따라서는 신인관계와 신인의무의 존재가 인정될 여지가 많다.

그렇다면, 남은 지표는 수익자에게 물권적 이익이 부여되어 있는지 여부이다. 간접대리의 경우 일단 관리행위의 결과가 대리인에게 귀속되고 이후 이를 수익자에게 이전하는 점에서, 수익자가 가지는 것은 단순한 채권이지 물권적 이익이라고 볼 수는 없다. 이는 소비 임치와 위임이 결합한 경우에도 마찬가지이다. 따라서, 계약 내용의 객관적 확인을 통해서 신탁 설정 의사를 확인할 수 있다 할 것이다.⁷¹³

II. 주요 판례에 대한 적용

⁷¹² Hayton, *supra* note 37.

⁷¹³ 계약의 제목이 간접대리나 위임이라 할 지라도, 계약의 내용이 수익자에게 물권적 이익을 부여하고 있는 것이라면 이는 실질에 있어 신탁에 해당할 가능성이 높다.

1. 사채원리금 지급대행계약 사건(대법원 2002. 7. 26. 선고 2000다17070 판결)

가. 사실 관계와 법원의 판단

(1) 사실 관계

Y 약품주식회사는 사채를 발행하면서 S 보증보험사는 이에 대한 지급을 보증하였다. Y는 사채권자를 위하여, K은행과 사채원리금 지급대행계약을 체결하고 지급대행을 위한 별단계좌에 자금을 예치하였다. (중략) 이후 Y가 파산하자, K는 별단계좌의 예금을 일반 계좌로 옮겨서 자신의 Y에 대한 채권과 상계를 하였고, 이에 S가 소를 제기하였다.

(2) 법원의 판단

상기 사안에서 우선 쟁점이 된 것은 Y와 K가 체결한 사채원리금 지급대행계약의 성질이 무엇인냐는 것이었다. 사채원리금 지급대행계약은 사채를 발행함에 있어서 원리금지급의 안전성 확보와 절차의 간소화를 위해 특정금융기관을 사채원리금 지급대행기관으로 지정하여 사채원리금 지급일 전의 사전에 약정된 일자에 사채발행회사가 지급대행기관에 원리금 지급용 자금을 입금하게 하고, 동 은행은 이를 사전에 약정된 방식에 따라 특정된 사채권자에게 지급하는 것을 내용으로 사채발행회사와 지급대행 기관 간에 체결되는 계약을 말한다.⁷¹⁴

법원의 판시에 따르면 Y와 K 사이에 체결한 사채원리금 지급대행계약과 관련된 문서에는 ‘신탁’이라는 용어는 사용되지 않았고, Y와 K의 사

⁷¹⁴ 정순섭, *전제논문* 241. 321면

채원리금 지급대행 계약서에 의하면, Y는 사채원리금의 지급사무를 K은행에게 위탁하고 K은행은 이를 수탁하며(제 1 조), K은행은 계약서의 각항 이외에 관계법, K은행의 규정 및 소외 회사의 내규에 따라 대행사무를 취급하기로(제 3 조 제 1 항) 하였다고 한다.

이러한 사채원리금 지급대행계약에 성질에 대해서 1,2 심 법원은 이를 제 3 자를 위한 계약으로 보고, ‘제 3 자의 수익 의사표시’ 존재 여부를 중심으로 판단을 하였다.

그러나, 대법원은 보증사채의 모집 또는 매출에 관한 제도의 취지와 사채원리금 지급대행사무를 금융기관의 업무로 하는 취지 및 이 사건 사채원리금 지급대행 계약서의 약정내용 등을 종합적으로 고려하여, ‘이 사건 사채원리금 지급대행계약은 소외 회사가 발행한 사채의 사채권자에게 그 원리금을 지급하기 위하여 소외 회사가 사채원리금 지급자금을 피고 은행에게 인도하고 피고 은행은 이를 인도받아 보관, 관리하면서 사채권자에게 그 사채원리금을 지급하는 것을 목적으로 하는 것으로서 신탁계약으로서의 성질을 가지고, 그렇다면 소외 회사가 피고 은행에게 인도하는 사채원리금 지급자금은 신탁재산에 해당하고 수익자인 사채권자의 이익향수(享受)의 의사는 추정되는 것이므로, 피고 은행은 소외 회사로부터 인도받은 사채원리금 지급자금을 그 신탁의 본지에 따라 관리할 의무가 있고, 피고 은행이 사채권자의 이익과 관계없이 소외 회사의 청구만에 의하여 위 사채원리금을 반환하거나 그 지급자금의 반환채권을 수동채권으로 하여 자신의 소외 회사에 대한 채권과 상계하는 것은 신탁의 법리상 허용되지 아니한다고 할 것이다.’라고 판시하였다.

나. 기존의 논의

위 판결에 대해 정순섭은 우선 신탁의 성립요건으로 신탁 설정 의사가 필요함을 설명하고, 신탁의 성립요건을 중심으로 사례에서의 대법원의 판단 근거를 분석한 후, 대법원이 명시적인 신탁문언이 표시되지 않은

상황에서 일종의 묵시 의사신탁을 인정한 것으로 판단하고, 판결의 입장을 지지하였다.⁷¹⁵ 이중기 또한 정순섭의 위 논의를 인용하면서 대상 판결이 ‘신탁계좌’라는 표시를 하지 않았음에도 불구하고, 당사자들이 의도한 법률관계는 신탁관계로 판단되기 때문에 당사자들의 관계는 신탁관계라는 점을 확인한 점에서 큰 의의가 있다고 평가하였다.⁷¹⁶

이와는 달리 임채웅은 상기 사례에서 신탁을 인정한 법원의 판단에 반대하면서, 당사자들에게는 신탁 설정 의사가 존재하지 않았음에도 법원은 ‘보증사채의 모집 또는 매출에 관한 제도의 취지’ 때문에 신탁의 성립을 인정한 것이어서, 법원이 인정한 것은 의제신탁이라는 논지의 주장을 하였다.⁷¹⁷

다. 묵시 신탁의 확인

(1) 신탁 대상의 확정, 신탁 목적의 확정

신탁 성립의 요건인 신탁 설정 의사의 확정, 신탁 재산의 확정, 신탁 목적의 확정 여부를 확인하도록 한다.

위탁자인 Y는 수익자인 채권자들을 위하여 원리금을 수탁자인 S의 별단계좌로 입금하였다. 따라서, 대상 재산과 수익자가 확정되어, 신탁 설정 의사를 제외한 재산과 목적의 확정성이 충족되고, 해당 재산이 수탁자에게 이전되어 있다. 그렇다면, 객관적 지표를 통해서 신탁 설정 의사를 추정/확인하도록 한다.

⁷¹⁵ 해당 논문에는 대법원이 묵시 의사신탁을 인정한 것이라는 명백한 표현은 없다. 상계논문.

⁷¹⁶ 이중기, *전제서* 115. 42면

⁷¹⁷ 임채웅, *전제논문* 174.

(2) 신탁 설정 의사의 추정:分別관리

이 사건 계약이 신탁이 아닌 일반적인 예금이었다면, Y와 K는 구태여 기존의 Y의 거래 계좌와는 다른 별도 계좌를 만들 필요가 없었다.

이 사건의 대상 자금은 별도 계좌에 보관되어 있었고, 대상 재산의 보관자인 K은행의 고유업무를 위해서 사용되지는 않았다. 통상적인 사채 원리금지급 대행 계약은 대상 재산이 보관되어 있고 입출금 되는 계좌를 명시하도록 되어 있고, 이 사건 사채원리금지급 계약서에 따르면 대상 재산의 사용 목적이 한정되어 있으므로, 이 사건의 대상 재산에 대한分別 관리 의무가 존재한다고 보아야 할 것이다. 그리고, 이와 같은 사실을 통해 신탁 재산을 특정할 수 있고, 동시에 신탁 설정 의사를 추정할 수 있다.

(3) 신탁 설정 의사의 확인

(가) 신인관계와 신인의무의 존재

수탁자인 K는 단순히 원리금을 보관만 하는 것이 아니라, 원래는 위탁자인 Y가 해야 하는 원리금 지급 업무를 대행하는 것이고, 이 과정에서 수탁자인 K가 자신의 재량으로 임무를 위배하거나 자신의 이익을 추구하게 될 경우 수익자는 큰 위험에 빠지게 되어 법에 의한 개입의 필요성이 높게 인정된다.⁷¹⁸ 따라서, Y와 K 사이에는 신인관계가 존재하며, K는 이에 따라 충실의무 등의 신인의무를 진다고 할 것이다.

⁷¹⁸ 신탁과 다른 재산관리제도의 중요한 차이점 중의 하나는 법원의 관여 비중이 상대적으로 높다는 점이다. 新井 誠, *supra* note 33. at 111-112

(나) 수익자의 물권적 이익의 존재

이 사건 계약의 취지와 내용을 감안하면,⁷¹⁹ 대상 재산을 수탁자에게 이전하였음에도 불구하고, 위탁자가 파산할 경우에 이전된 대상 재산이 위탁자의 신용위험에 노출되거나, 수탁자가 수익자보다 우선하여 대상 재산에서 채권의 만족을 얻도록 하는 것⁷²⁰을 전제한 것으로 보기는 어렵다. 굳이 추가적인 비용을 들여서 대상 재산을 수탁자에게 이전하였다는 것은 수익자의 수익권이 위탁자의 신용 위험으로부터 격리되는 것을 의도한 것이라고 보아야 할 것이다. 이는 당사자가 수익자에게 단순한 채권을 부여한 것이 아니라 물권적 이익의 부여를 의도한 것으로 판단된다.

참고로, 대법원 또한 판단의 근거로 이 사건 계약의 취지를 강조하였다. 대법원은 이 사건 계약의 중요한 취지가 대상 재산을 위탁자의 신용 위

⁷¹⁹ 사채원리금 지급대행계약에서 채무자의 파산 시 대행자가 먼저 원리금에서 채무의 만족을 얻을 수 있는 것으로 확정되었다면, 채무자는 애써 비용을 들여 사채원리금 지급대행계약을 체결할 유인이 줄어들고, 사채권자의 입장에서는 사채원리금 지급대행계약이 있다고 하더라도, 채무자의 신용위험이 그대로 유지되는 이상 요구 금리가 올라갈 수밖에 없게 된다. 또한, 사채원리금 지급대행계약의 존재를 이유로 좀 더 낮은 금리로 들어오는 사채권자들에 대해서 신탁의 보호를 부여하는 것이 다른 일반 채권자의 입장에서 과도한 차별이라고 보기는 어렵다

⁷²⁰ 예를 들어 ‘계약이 종결한 때에는 K은행이 5일 이내에 종결통지서 및 원리금지급계산서와 함께 미지급 자금을 Y사에게 교부한다(제 16 조)’ 등의 내용을 보면, 대상 재산은 수탁자의 고유 사무로부터 분리되어야 했음을 알 수 있다. 또한, 대상 재산을 통해 K가 수익자에 우선하여 자신의 채권의 만족을 얻는 것이 허용되지 않는 것으로 해석된다.

험으로부터의 격리하는 것임을 전제로, 당사자가 신탁의 성립을 의도한 것으로 판단한 것으로 보인다.⁷²¹

2. 공사전도금 사건⁷²²

가. 사실 관계와 법원의 판단

(1) 사실 관계

지방정부 A 는 공공공사와 관련하여 청부사(수급업체)인 B 사와 청부계약(도급계약)을 체결하고, B 사에게 선불금을 지급하면서, 계약 해지시 기성고를 제외한 선불금을 B 가 A 에게 반환하기로 약정하였으며, 이러한 반환 약정에 대해서 Y 사가 보증을 제공하는 보증 계약을 체결하였다.

상기 보증 계약은 A 가 B 에게 지급하는 선불금을 Y 가 지정하는 Z 사의 별단계좌에 보관할 것과, Y 가 보증금을 지급시 B 에게 구상권을 청구할 수 있는 내용을 규정하였다. 이후 B 가 영업정지로 계약을 이행 못하게 되어 계약이 해제되자 Y 는 보증 계약에 따라 A 에게 선불금잔금을 지급하였다. 이후 B 가 파산하자, B 의 파산관재인 C 는 Z 의 별단계좌에 보관된 선불금잔금 예금이 채권자가 B 라는 사실의 확인을 요구하고 Z 에 대하여는 본건예금잔액 및 그에 대한 지연손해금의 지급을 구하는 소를 제기하였다.

(2) 법원의 판단

⁷²¹ Gardner 는 제 3 자를 위한 계약과 유사한 법률관계에서 신탁의 성립을 인정하는 것은 제 3 자의 이익을 목적으로 하는 계약의 취지를 존중하고 보다 활성화시키는 측면도 있다고 한다. GARDNER, *supra* note 42. at 62-64

⁷²² 最高裁 2002.1.17 第一小法庭判決(民集 56 卷 1 号 20 項)

상기 사례에 대해 1 심 나고야지방법원은 선불금에 대한 신탁이 성립됨을 인정하였고, 원심 나고야고등법원은 선불금에 대해서 신탁 구성을 취하지 않고 별채권으로 구성했다.

이에 대해 일본 최고재판소는 이하와 같이 판시하였다.

“합의 내용에 비추어 보면, 본건선불금이 본건예금계좌로 이체된 시점에 발주자(A)와 청부자(B)간에 발주자(A)를 위탁자, 청부자(B)를 수탁자, 본건선불금을 신탁재산으로 하여 이를 당해 공사의 필요경비에 충당할 것을 목적으로 한 신탁계약이 성립하였다고 해석하는 것이 상당하고, 따라서 본건선불금이 본건예금계좌에 이체된 것만으로는 청부대금의 지급이 있었다고는 할 수 없고, 본건예금계좌로부터 청부자에게 인출됨으로써 당해 금원은 청부대금의 지급으로서 청부자의 고유재산에 귀속된다고 할 것이다.

또한 이 신탁내용은 본건선불금을 당해 공사의 필요경비로만 지출하는 것이고 수탁사무의 이행의 결과는 위탁자인 발주자에 귀속되어야 할 기성고에 반영되는 것이므로 신탁의 수익자는 위탁자인 발주자라고 할 것이다.

그리고, 본건예금은 청부자의 일반재산으로부터 분별 관리되어 특정성을 유지한 채 보관되어 있고 이에 관한 등기, 등록의 방법이 없기 때문에 위탁자인 발주자(A)는 제3자에 대하여도 본건재산이 신탁재산이라는 점을 대항할 수 있는 것이고(신탁법 3 조 1 항 참조), 신탁이 종료되어 동법 63 조의 이른바 법정신탁이 성립된 경우에도 마찬가지이므로 신탁재산인 본건예금은 청부자(B)의 파산재단에 편입되는 것은 아니라 할 것이다(동법 16 조 참조).”

나. 기존의 논의 ⁷²³

이 사건의 경우 법률관계가 신탁에 해당한다는 사실에 대해서는 큰 이견이 존재하지는 않는다.⁷²⁴ 그러나, 위탁자와 수익자가 누구인가에 있어서는 각기 다른 의견들이 존재한다. 최고재판소는 ① 도급 계약에서의 선불금 지급제도의 발주자를 위탁자 겸 수익자로 하는 신탁의 설정으로 보고 있다. 이에 대해 비판으로 ② 선불금의 용도는 도급업자가 하청 업체나 원자재 납품 업체에 지불하는데 사용하는 것이기 때문에 발주자가 아닌 청부자 측만이 이익을 받는 수익자라는 주장이 있고,⁷²⁵ ③ 선불금을 통해서 지급을 받는 하청 업체와 원자재 납품 업체가 수익자라는 설, ④ 발주자와 청부자를 모두 수익자로 보자는 설도 있다.

또, 다른 주요 쟁점은 본 판결에서 당사자의 신탁 설정 의사를 어떻게 확인할 수 있는가의 문제이다.

이에 대해서는 “당사자가 법률적인 의미에서 신탁 재산으로서의 재산 이전 행위에 해당하는 것까지 인식은 불필요하다며, 신탁 설정을 향한 당사자의 주관적 의도가 없어도, 특정의 재산을 둘러싼 객관적인 관계가 신탁 관계로 이해할 수 있는 경우에는, 신탁 관계의 성립할 수 있다”는 의견이 있고,⁷²⁶ 신탁을 인정하기 위해서는 “위탁자, 수탁자, 수익자, 신탁 재산, 신탁 목적에 대한 당사자의 합의 내용이 확정 가능한 것이어야 한다”는 의견 ⁷²⁷이 엇갈리고 있다고 한다.

⁷²³ 본 판결에 대한 일본 학계의 기존의 논의는 安藤朝規과 杉浦宣彦의 논문을 중심으로 정리하였다. 安藤朝規, *supra* note 242.; 杉浦宣彦 AND 徐熙錫, *supra* note 444.

⁷²⁴ 杉浦宣彦 AND 徐熙錫, *supra* note 444. at 20

⁷²⁵ 道垣内弘人, *最近信託法判例批評* (8), 1598 金法 (2000). at 44

⁷²⁶ 新井 誠, *supra* note 33. at 191

⁷²⁷ 沖野虞己, 公共工事請負前払金と信託, *in* 民法学における法と政策 (平井宜雄先生古稀記念 ed., 2007). at 386

다. 목시 신탁의 확인

(1) 신탁 재산의 확정, 신탁 목적의 확정

우선 신탁 목적의 확정과 관련하여 수익자 선택에 대한 쟁점에 대해서 판단하자면, 상기 사안의 선불금 지급제도는 Barclays Bank Ltd. v. Quistclose Investments Ltd⁷²⁸ 사례와 마찬가지로 두 가지 목적을 가지고 있다는 점을 중시해야 할 것이다. 첫 번째 목적은 정상적으로 도급 계약이 진행될 경우, 청부업체는 기성고에 따라 선불금으로부터 이익을 취하게 하는 것이고, 두 번째 목적은 만약 계약이 해제될 경우 기성고 잔금을 제외한 선불금잔금을 발주자에게 돌려주는 것이다. 첫 번째 목적이 실패하고, 두 번째 목적을 위해서 대상 재산이 쓰여야 하는 단계에서

⁷²⁸ Barclays Bank Ltd. v. Quistclose Investments Ltd. [1970] A.C. 567. 해당 사례는 A가 B에게 특정 목적'만'(Only)을 위해서 사용하겠다고(사안에선 배당 지급) 하면서 돈을 대출하여, 곧장 C 은행에 특정 목적만을 위한 계좌에 입금하였고, 특정 목적을 위해서 지출되기 직전 A가 파산한 경우, A에 대한 채권을 가지고 있던 C는 A의 특정 목적 계좌의 예금과 자신의 채권을 상계할 수 있는지 여부가 문제가 된 사안이었다.

해당 사례에 대해서 논란의 여지가 많았던 이유는 일반적으로 빚(Debt)을 일으키는 법률행위(대출 등)는 신탁에 해당되지 않는다는 일반론이 있었기 때문이다. 그러나, Lord Wilberforce는 B가 A에게 지급한 돈은 A의 다른 채권자들을 위한 자산이 되지는 않기로 한 동의가 있었으며, 배당 지급이라는 첫번째 목적이 실패한 이상, 두번째 목적인 B에 대한 상환의 목적을 위해서 쓰여야 한다고 판시하였다. 즉 해당 계좌의 예금은 A의 것이 아닌 B를 수익자로 하는 신탁재산으로 보아야 한다고 해서, C의 상계 주장을 부정하였다. 이 판례의 정확한 의미에 대해서는 아직까지도 학설이 분분하며, 수많은 문헌이 나오고 있고, 판례의 방향성도 일정하지는 않다.

는 수익자는 발주자만으로 보는 것이 옳을 것이며, 신탁 재산은 별단 계좌에 남아있던 잔금 중 기성고를 제외한 선불금 잔금으로 봐야할 것이다.

(2) 신탁 설정 의사의 추정: 분별관리

앞서의 사채원리금 지급대행계약 사건과 마찬가지로 이 사건의 대상 재산인 선불금은 별단계좌에 보관되어 있고, 이 사건 당사자들의 계약 내용을 보면, 수탁자의 고유 업무로부터 분별 관리되도록 의무가 부여된 것으로 판단된다. 따라서 이를 통해 신탁 설정 의사의 존재를 추정할 수 있다.

참고로 영미의 신탁 사례에서도 건설 공사의 기성고 대금 지급을 위한 자금의 신탁 성립 여부가 문제가 된 사례들은 적지 않다. 대표적인 예로 MacJordan Construction Ltd v Brookmount Erostin⁷²⁹에서는 대상 재산이 분별 관리되어 있지 않아 신탁의 성립은 부정되었지만, 판례의 맥락에 따르면 기성고에 따른 대금 지급을 위해 보관되는 자금 자체에 대한 신탁의 성립은 가능한 것으로 보인다.

(3) 신탁 설정 의사의 확인

(가) 신인관계와 신인의무의 존재

상기 사례에서의 선불금 지급제도의 목적과 취지는 ① 우선, 청구자가 안정적으로 공사를 진행할 수 있도록, 미리 대금을 선불로 지급하고, 이렇게 지급된 선불금이 지정한 목적을 위해서만 사용되도록 관리하며, ② 계약 해제 시 선불금 잔금의 안정적인 반환을 목적으로 한다.

⁷²⁹ MacJordan Construction Ltd v Brookmount Erostin Ltd [1992] BCLC 350

이는 정리하면 대상 선불금이 ① ‘특정 목적을 위해서만 사용되며’. ② ‘보관자의 신용위험으로부터 격리되는 것을 목적으로 한 것이라고 볼 수 있고, 처음의 목적은 신탁의 수탁자에 대한 의무 부과를 요구하며, 두 번째 목적은 신탁재산의 독립성을 필요로 한다.

이를 반대로 이야기하면, 청구자에 대한 의무가 부과되지 않을 경우 청구자는 대상 선불금이 자신에게 이전되어 있는 것을 기화로 자신의 이익만을 위해서 남용할 위험이 있고, 이를 막기 위해서는 신탁인(신탁의무)가 부여될 필요성이 있다.

(나) 수익자의 물권적 이익의 존재

이 사건 계약의 취지를 감안하면, 대상 선불금이 청구자의 도산으로부터 격리되지 않을 경우에는 애당초 이 계약 자체의 목적을 실현할 수 없다.

또한, 대상 선불금이 별단 계좌에 관리되고 있었다는 것은 이러한 ‘대상 선불금이 청구자의 신용 위험으로부터 격리되기를 바라는 의사의 존재’는 수익자에게 단순한 채권이 아닌 타채권자에 비해 우선하는 물권적 이익을 부여하는 것을 의도하였음을 확인할 수 있다.

따라서, 이 사건 계약은 수익자에게 물권적 이익의 부여와 그러한 부여가 가능한 법률관계인 신탁을 의도한 것으로 보아야 할 것이다.

3. 소결 : 판례에 대한 평가

사채원리금 사건에서 당사자의 주관적인 의사는 명시적으로 확인되지는 않는다. 그러나, 당사자가 설정하고자 한 법률관계의 성질이나 효과가 신탁의 본질적인 특징(또는 요건)을 충족시킨다면, 당사자들은 사채원리

금 지급대행계약이면서 동시에 신탁인 계약을 체결한 것으로 보아야할 것이다.⁷³⁰ 그리고, 살펴보았듯이 이 사건 계약은 신탁의 설정을 의도한 계약으로 해석된다.

이 사건 판단에서의 대법원이 신탁의 성립 여부를 확인하기 위해 행한 법률행위 해석의 태도는 성실하게 당사자의 객관적 의사를 확인한 것이고, 계약의 문언을 통해서 당사자의 의사를 확인하는 그 접근 방법 자체는 옳은 것으로 판단된다.

다만, 그 해석에 있어서 기본적인 절차와 기준의 제시가 없었고, 신탁 법상의 신탁의 정의가 무엇인지조차 언급없이 ‘계약의 취지가 신탁을 설정하고자 한 것이다’라는 식으로 중간 단계없이 결론에 다다른 점은 아무래도 아쉬운 점으로 생각되고, 이러한 점에서 일본의 공사전도금 사건과 차이가 있다고 본다.

본 판례가 묵시 신탁에 대한 논의를 시작할 수 있게 해준 기념비적인 판례임은 의심의 여지가 없지만, 일관적인 해석의 기준 없이 ‘특정 계약의 특정 조문으로 인해서 신탁이 성립할 수 있다’라는 식으로 해석될 여지를 남겼고, 이는 묵시 신탁에 대한 필요 이상의 우려를 유발하게 되었다.⁷³¹

그러나, 앞서 설명한 객관적 지표의 도입을 통한 신탁 설정 의사 확인의 절차들이 축적될 경우 이는 해소될 수 있는 문제로 판단된다.

⁷³⁰ 사건으로 이부분이 정순섭과 임채웅의 결론이 갈린 부분으로 판단된다. 임채웅은 당사자의 주관적 의사(subjective intention)에 신탁이 인식되지 않은 것을 중시하였고, 정순섭은 당사자가 설정한 계약의 효과가 신탁에 해당하는 가를 중심으로 객관적(objective) 의사를 중심으로 판단을 하였다.

⁷³¹ 상기 판례와 관련하여 향후 사채원리금 지급대행계약에 대해서 기계적인 신탁의 성립 인정을 우려하는 의견도 있다. 예로는 임채웅, *전계논문* 241.

第 5 節 소결

신탁은 다른 법률관계와 유사점을 많이 가지고 있지만, 이와 동시에 분명히 그 고유한 본질 요소를 가지고 있다. 이러한 본질 요소인 신탁재산의 분별관리 의무의 존재를 통해서 신탁 설정 의사를 추정하고, 이를 다시 신인관계, 신인의무와 물권적 성격을 가지는 수익권의 존재의 확인을 통해서 신탁이 아닌 법률관계에서의 분별관리의 경우를 걸러낼 수 있다.

물론 구체적인 사례의 축적을 통한 검증이 필요하지만, 추후 실무에서의 논의에 상기 기준들이 시작 기준점 정도는 제시할 수 있을 것으로 기대한다.

第 六 章 목시 신탁의 위험과 그 이점

第 1 節 서 설

1. 목시 신탁에 대한 우려

일부 학자와 실무가들은 목시 의사신탁이 필요이상으로 무분별하게 성립되는 것에 대한 우려를 가지고 있다. 그리고, 이러한 우려는 신탁의 본질 요소인 수탁자에 대한 의무부과와 신탁 재산의 독립성과 연관되어 있다.

첫 번째로는 수탁자에 대한 의무 부과와 관련하여 일상의 가벼운 거래나 가정사 등에 법이 너무 불필요하게 개입하여, 무거운 수탁자의 의무

를 부과할 수도 있다는 우려이고,⁷³² 두 번째는 신탁재산의 독립성과 관련하여 신탁이 무분별하게 성립되면 수익자는 상대적으로 강력한 보호를 받게 되고, 이는 수익자가 아닌 수탁자의 일반 채권자들에 대한 과도한 침해로 이어질 수 있다는 것이다.⁷³³

이와 같은 우려에 대한 확인으로 필요한 것은 과연 실제로 목시 신탁의 성립의 문제가 될 범위가 어떠한 지를 검토하는 것이고, 이는 대상 재산의 종류별로 확인하는 것이 효율적일 것이다.

2. 목시 신탁과 금융 소비자 보호

투자자 보호의 목적에 있어서 신탁은 수탁자에 대한 의무 부과와 신탁 재산의 도산격리 효과를 통해서 충분한 보호를 제공할 수 있고, 이미 많은 부분에서 이용되고 있다. 따라서, 목시 신탁 또한 금융 소비자 보호에 기여를 할 수 있는지를 검토해보도록 한다.

第 2 節 목시 신탁으로 인한 위험의 범위

I. 대상 재산의 분별관리 여부에 따른 한정

1. 부동산을 신탁재산으로 하는 목시 의사신탁

⁷³² 이는 앞서 살펴본 의무에 대해서 법률적 강제를 하는 계약 성립 여부에 대한 판단 시 당사자의 관계와 그 취지를 고려하는 문제와도 연결되어 있다. 즉, 이는 신탁만의 문제라고는 할 수 없다.

⁷³³ 동지의 논의로 七戸, *supra* note 22. at 713-715

가. 사안의 분류

신탁 설정 의사의 존재 여부 또는 신탁의 성립 여부가 문제가 되는 사례에서 문제가 되는 대상 재산은 대부분 부동산 아니면 금전이다.⁷³⁴ 특히 부동산은 USE 의 기원부터 주요 대상 재산이었고, 이와 관련된 분쟁도 많았기 때문에, 영국에서도 the Statute of Frauds 1677 등을 통해 신탁의 초기 발전 단계부터 부동산에 대한 신탁의 설정에 대해서는 엄격한 형식을 요구하였다.

우리 신탁법도 제 4 조에서 ‘등기 또는 등록할 수 있는 재산권에 관하여는 신탁의 등기 또는 등록을 함으로써 그 재산이 신탁재산에 속한 것임을 제 3 자에게 대항할 수 있다.’고 규정함으로써 부동산 신탁에 대한 일정한 형식을 요구하고 있다. 따라서, 부동산을 신탁재산으로 하는 신탁을 설정하고자 한다면, 제 3 자에 대한 대항력을 얻기 위해서 신탁의 취지를 등기하여야만 하기 때문에, 이를 통해 신탁 설정 의사가 외부적으로 표시될 것이다.

이와 관련하여 부동산을 신탁재산으로 하는 신탁의 성립이 문제가 되는 경우를 나누어 보면 이하의 표와 같다.

⁷³⁴ 등기나 등록이 되지 않는 동산 특정물을 타인이 관리하고 있다면 임대, 임차 등이 대부분이고, 외양상 소유권이 이전되어 있고, 증여나 매매가 아니라면 명의신탁일 가능성이 높아서 실질적인 신탁의 경우는 많지 않을 것으로 판단된다. 가정이 가능한 경우로는 신탁재산 관리의 일환으로 신탁 자금으로 매수한 동산(그림 등)과 동산이 포함된 상속재산이나 공유재산을 신탁으로 관리하는 경우를 상정해볼 수 있는데, 이때 신탁의 성립 여부는 당사자 사이의 관계와 행위의 목적 등을 통해서 성립 여부를 판단해야 하고, 대상 재산의 분별관리 여부는 신탁 설정 의사의 객관적 증거이자 수탁자와 거래한 제 3 자에 대한 대항요건으로 작용하게 된다.

	신탁 등기 존재	신탁 등기 부존재
신탁 문서의 존재	1	2
신탁 문서의 부존재	3	4

나. 신탁 등기가 경료된 부동산

상기표의 제 1 관계처럼 신탁 설정 의사를 바탕으로 한 신탁 계약을 통해서 부동산을 재산으로 하는 신탁을 설정하고 등기까지 경료하였다면, 아무런 문제없이 신탁이 설정되고, 제 3 자에 대한 대항력도 가지게 될 것이다.

상기표의 제 3 관계와 같이 신탁 문서가 존재하지 않음에도 대상 부동산에 신탁 등기만 되어 있는 경우는 실무에서 신탁 등기 시 신탁 설정 의사가 표시된 문서(신탁원부(信託原簿))를 요구하기 때문에 ⁷³⁵ 예외적인 상황(등기 오류나 사문서위조 등)이 아닌 한에는 발생하기 어려울 것으로 생각된다.

⁷³⁵ 부동산에 대한 신탁설정등기를 신청하는 경우에는 신탁재산에 속하는 부동산마다 부동산등기법 제 81조 제 1 항 각 호의 사항(위탁자, 수탁자, 수익자의 인적 사항과 수익자 지정 및 변경에 관한 사항과 수익권의 발생 또는 소멸에 관한 조건)을 기록한 신탁원부 정보를 첨부 정보로서 등기소에 제공하여야 하고, (부동산등기규칙 제 139 조 제 3 항) 이때 신탁원부는 이를 전자문서로 작성하여 전산정보 처리조직을 이용하여 등기소에 송신하는 방법으로 제공하여야 한다. (부동산등기규칙 제 139 조 제 4 항)

또한, 신탁등기가 경료된 부동산에 대하여 수탁자를 등기의무자로 하는 등기의 신청이 있는 경우 등기관은 그 등기신청이 신탁 목적에 위배되는지를 심사하여 신탁 목적에 반한다고 판단되는 경우에는 그 신청을 수리하여서는 아니 된다 (등기예규 제 1501 호). 박상우, 신탁등기의 실무, 62 BFL (2013). 119-120 면 따라서, 실무적으로 신탁 설정 의사가 표시된 문서가 존재하지 않는 신탁 등기는 상정하기 어렵다.

다. 신탁은 설정하였지만 등기가 경료되지 않은 부동산

제 2 관계의 경우 신탁 설정 의사도 있고, 이를 입증하는 신탁 문서도 존재하지만, 이와 관련하여 부동산에 대한 신탁 등기가 이루어지지 않은 경우이다. 이 경우 신탁재산의 분별관리가 신탁의 성립 요건은 아니기 때문에 다른 신탁의 요건들이 충족이 되었다면, 해당 부동산에 대한 신탁이 성립할 수는 있다. 그러나, 신탁법 제4조의 규정에 따라 신탁이 등기되어 있지 않은 이상 제 3 자에게 신탁을 근거로 대항할 수는 없고, 이로 인해서 신탁의 성립으로 인한 제 3 자의 불측의 손해는 발생하지 않게 된다.

라. 문서도 없고 등기도 되지 않은 부동산

상기표의 제 4 관계는 당사자의 신탁 설정의사는 있었으나 이를 입증할 신탁 문서 등의 직접 증거가 없고, 대상 부동산에 신탁 등기도 경료되어 있지 않은 경우이다. 이 경우 신탁 설정 의사 존재의 근거가 되는 직접 증거가 없다면, 당사자들의 관계와 행위, 정황 등을 살펴보겠지만, 이 또한 명확하지 않을 경우에는 객관적 지표인 ‘신탁재산의 분별관리 여부’를 확인하게 된다.

부동산의 분별관리는 등기를 통해서 이루어지는 것인데, 해당 부동산에 등기가 되어 있지 않다는 것은 분별관리가 이루어지지 않은 것이기 때문에 이 관계에서는 신탁 설정 의사가 확인되거나 추론되기 어렵다. 따라서, 제 4 관계에서는 묵시 의사신탁의 성립이 인정될 가능성이 거의 없으

며, 성립된다고 하여도 제 3자인 수탁자의 일반 채권자가 불측의 손해를 입을 가능성은 높지 않다.⁷³⁶

마. 소결: 등기를 통한 위험의 관리

정리하자면, 대상 부동산에 신탁의 취지가 등기되어 있다면, 대상 부동산에 대한 의사신탁이 설정되어 있는 것이고, 대상 부동산에 대해서 등기가 되어 있지 않다면, 의사신탁이 설정되어 있더라도 제 3자에게 대항할 수 없고, 분별관리가 되어 있지 않기 때문에 애당초 묵시 의사신탁은 그 성립이 인정될 가능성이 거의 없다.

따라서, 부동산을 신탁재산으로 하는 신탁과 관련하여서는 묵시 의사신탁의 과도한 성립으로 인해서 수탁자의 일반 채권자 등의 선량한 제 3자에게 불측의 손해가 발생할 가능성은 매우 낮다고 보아야 할 것이다.

⁷³⁶ 제 4 관계에서 상정할 수 있는 문제로는 사실혼 배우자 간의 공유 부동산 문제와 단순히 명의만을 빌린 상태인 명의신탁 부동산 문제 등이 있을 것이나, 사실혼 배우자의 문제는 사실혼 배우자 간에 실질적으로 공유하고 있었지만, 일방 배우자 명의로만 등기되어 있던 부동산과 관련한 문제를 상정해볼 수 있다. 영국 신탁의 경우 추정 복귀신탁이나 의제신탁을 통한 해결을 검토할 수 있으나, 현행 우리 신탁법으로는 신탁 추정 규정이나 법원의 신탁 부과가 가능하지 않기 때문에 묵시 의사신탁만이 성립 가능성이 있는데, 등기가 없는 상태이기 때문에 제 3자(주로 사망자의 상속인)에 대한 대항요건을 갖추 수 있는 방법이 없어서 신탁을 통한 해결은 어려운 것으로 예상된다.

두 번째로 단순히 명의만을 빌린 명의신탁의 경우에는 수탁자의 관리 재량이 없고, 이는 오직 가장한 외양을 통해 특정 법률이나 의무를 회피하고자 하는 것이기 때문에 애당초 신탁법상의 신탁에는 해당하지 않으며, 이러한 법률 관계를 법률이 보호할 필요성도 인정되기 어렵다.

2. 금전을 신탁재산으로 하는 묵시 의사신탁

금전을 신탁재산으로 하는 신탁의 성립에 대해서도 부동산에 대한 논의가 거의 그대로 적용될 수 있다. 자금의 분별관리인 계좌 분리가 되어 있지 않을 경우에는 ⁷³⁷ 설령 신탁 설정 의사가 확인되어 신탁이 성립한다고 하더라도, ⁷³⁸ 제 3 자에게는 대항할 수 없는 것이다. ⁷³⁹

	별도 계좌 O	별도 계좌 X
신탁 문서의 존재	1	2
신탁 문서의 부존재	3	4

따라서, 제 3 자 보호와 관련되어 문제가 되는 경우는 상기표의 제 3 관계와 같이 대상 재산이 별도 계좌를 통해서 분리 예치되어 있는 거래가 사후적으로 묵시 신탁으로 인정되는 경우일 것이다.

그러나, 제 3 관계에서 묵시 의사신탁이 인정되는 경우와 인정되지 않는 경우를 나누어서 살펴보아야 할 것이고, 이는 다시 앞 장에서 설명한 신탁 설정 의사의 추정 및 확인으로 귀결된다.

⁷³⁷ 현금의 경우에는 개별 금고 등을 통한 물리적 분리 보관이 필요하다.

⁷³⁸ 신탁 재산의 분별관리는 영국 신탁에서는 임의규정으로 보고 있고, 우리 신탁법에서도 성립의 요건으로 요구하고 있지는 않은 것으로 판단된다.

⁷³⁹ 참고로 판례에 따르면 은행과의 관계에 있어서의 원칙은 “예금계약서에 예금주로 기재된 예금명의자나 그를 대리한 행위자 및 금융기관의 의사는 예금명의를자를 예금계약의 당사자로 보는 것으로 해석”하는 것이고, 예외적으로 “예금명의자의 예금반환청구권을 배제하고 출연자 등과 예금계약을 체결하여 출연자 등에게 예금반환청구권을 귀속시키겠다는 명확한 의사의 합치가 있는 극히 예외적인 경우”에는 출연자를 예금 당사자로 볼 수 있다고 한다. 대법원 2009.3.19. 선고 2008 다 45828 전원합의체 판결, 이 때의 예외적인 경우에는 명시/묵시 의사신탁이 포함된다고 보아야 할 것이다.

II. 묵시 신탁의 성립 범위 한정

1. 고유사무로부터의 분별관리 여부

앞서 가정한 제 3 관계는 대상 재산이 금전(또는 다른 대체가능 재산)이고 신탁이 표시된 문서는 없으며, 분리된 계좌에 금전이 보관되고 있는 경우를 가정한다. 이 경우 제 5 장에서 설명하였듯이 수탁자의 고유사무로부터 분리되어 계좌가 관리되고 있었다면 신탁 설정 의사가 추정될 수 있다.

2. 신인관계 및 수탁자의 물권적 이익의 존재 확인

앞서 살펴보았듯이 신탁은 신탁재산의 이전과 수탁자의 넓은 재량으로 인해서 수익자에게 위험이 발생하고 이를 방지하기 위한 수탁자에 대한 의무 부과가 필요한 관계를 의미한다.

따라서, 단순한 호의나, 법률적 의무를 부담하고자 하지 아니하는 관계는 신탁에 해당하지 않는다.⁷⁴⁰ 일상적이고 친밀한 관계에서, 이해 충돌의 가능성이 없는 상황에서의 일정 규모 이하의 거래에 대해서는 애당초 당사자가 신탁의 설정을 의도할 이유도 없고, 묵시 의사신탁이 성립될 가능성도 높지 않다.

예컨대 미성년 자식에게 속하는 유산을 친어머니가 보관하는 경우나, 친한 친구가 친구를 대신해서 소액의 물건을 구매해주는 행위와 같은 경우에는 당사자들 사이에 수탁자의 의무를 부과하겠다는 합의는 없었다고

⁷⁴⁰ 우리법의 경우 신탁은 계약을 통해서 설정되는 것이 일반적이므로, 애당초 법적 구속을 받고자 하는 의사가 없는 관계였다면 계약 자체가 성립하지 않을 가능성이 높다.

보아야할 것이다.⁷⁴¹ 하지만, 가족 간의 거래라도 하더라도 이해상충 관계가 있거나, 그 대상 재산의 규모나 중요성이 높은 경우에는 신탁이 성립할 수 있다. 미성년자녀의 재산을 친어머니가 아닌 성년의 형제가 보관하는 경우에는 이에 대한 신탁의 수탁자 의무 부과가 필요하다고 판단할 수 있을 것이다.⁷⁴²

⁷⁴¹ 물론 이러한 관계에서도 당사자의 명시적 의사에 의한 의사신탁은 성립할 수 있다. 다만, 이러한 일상적 관계에서 상호간의 법적 구속을 원하는 계약 체결을 의도할 가능성 자체가 높지 않아서 논의의 실효성이 크지 않다.

⁷⁴² 실제로 영국 사례에서 신탁 설정 의사가 묵시적으로 표시된 대표적인 사례인 Paul v Constance [1977] 1 WLR 527 는 사실혼 배우자의 유산과 관련한 문제였다는 점을 감안하면, 사실혼 배우자의 재산에 관한 묵시 의사신탁의 문제는 발생할 수 있다.

상기 판례에서 쟁점이 된 사실관계는 사실혼 중의 일방이 상대 사실혼 배우자와 생활하면서 우연한 기회에 생긴 자산에 대해서 명시적인 ‘신탁’이라는 용어는 사용하지 않고, (내가 보관하고 있지만) ‘이 돈은 모두 너의 것이다’라는 취지의 이야기만 구두로 하고 자신의 명의만으로 관리하다가 사망한 경우에 해당 금원에 대한 신탁이 성립하였는지에 여부였다.

이에 대해 영국법원은 신탁이라는 용어는 사용하지 않았다고 하더라도, 그 의미가 신탁의 성립을 뜻하는 것이라면 신탁의 성립을 인정한다고 판시 하였다.

참고로 이를 우리법과 기존 실무에 대응하여 미망인 입장에서의 권리 주장 방법들을 검토하면, 우선 우리법은 사실혼 배우자의 상속권을 인정하지 않아서, 상속은 주장이 불가하고, 상기 사례에서 사망자가 타방 당사자에게 증여하기로 한 것으로도 볼 수 있기 때문에 사망자의 상속인에게 미이행 증여의 이행 청구를 하는 것을 검토할 수 있으나, 위와 같은 구두 증여의 경우 해제권이 상속인에게 상속되었다고 볼 경우에는 사실혼의 타방 당사자는 증여 이행을 청구하기가 어렵다. 따라서, 실무에서는 대여금 반환청구소송을 하고 조정으로 결론을 내는 경우가 많고, 신탁이 주장된 사례는 찾기 어려운 것으로 보인다. 이는 연금, 보험금 등과 비교할 때 형평의 문제가 있는 것이라는 비판이 있고, 이러한 사실혼 배우자의 공동 재산과 관련하여서는 신탁의 활용이 논의될 필요성이 있

단순히 수동적인 보관만을 위한 관계와 수익자에게 단순한 채권만이 존재하는 경우도 신탁에 해당하지 않는다. 따라서, 임치와 지시를 받는 대리 행위 등은 신탁에 해당하지 않고, 대출, 소비 임치 등도 신탁에 해당하지 않는다.

그렇다면, 남은 관계들은 비일상적이고, 이해상충 가능성이 있으며, 재산의 보관자에게 재량이 있으며, 대상 재산의 권리가 보관자에게 이전되어 현재 보관자의 고유 재산으로부터 분리되어 분별관리되고 있는 경우들이다. 실상 이러한 관계 중에 ‘수탁자의 의무가 너무 과도하거나’, ‘신탁재산의 도산격리가 제 3 자에 대해서 가혹하다’라고 판단될 만한 사례들은 상정하기 어렵다. 앞서 살펴보았듯이 부동산의(그리고 신탁의 등기가 가능한 다른 재산) 경우에는 제 3 자의 불측의 피해가 발생할 가능성이 높지 않고, 묵시 의사신탁의 성립이 인정될 가능성도 높지 않다. 따라서, 남은 것은 자금(그리고, 주식 등의 대체가능 재산)에 대한 묵시 의사신탁의 성립 문제이다.

자금을 다른 사람에게 이전하였고, 관리에 대한 재량을 부여하였다는 것은 ① 상대방의 전문성이나 경험을 신뢰하거나,⁷⁴³ ② 또는 자신이 그 자금을 보유하는 것보다 자신에게서 격리하는 것이 좋다고 판단하였기 때문일 가능성이 높다. 또한, 해당 재산이 분별관리되어 별도 계좌에 예치되어 있다는 의미는 해당 재산이 관리자의 고유 재산과 혼장 보관되는 것을 원치 않고, 관리자의 일반 채권자들에 대한 책임 재산으로 인정되는 것을 원치 않는다는 의미일 것이다.

는 것으로 판단된다. 다만, 우리 민법의 경우 유언, 상속과 관련하여 엄격한 형식주의와 유류분 제도를 갖추고 있고, 사실혼 배우자에 대한 확립된 판례 태도 등을 비추어 볼 때, 신탁의 활용 논의에 앞서 법정책적 논의가 선행되어야 할 것으로 보인다.

⁷⁴³ 앞서 설명하였듯이 신인관계 또한 주로 신인의무자(수탁자)의 전문성을 요하는 관계가 대부분이라 한다. FRANKEL, *supra* note 291. at 6-11

위와 같은 요건에 맞는 대부분의 거래나 관계는 투자 또는 특정 업무의 대행계약에 해당할 가능성이 높고, 그러한 관계에 있어서 수탁자에 대한 의무 부과가 과도하거나, 신탁재산의 도산격리가 제 3 자에 대한 불측의 손해라고 평가하기는 어려울 것이다.

III . 소 결: 위험의 한정

신탁은 광범위한 분야에서 활용될 수는 있지만, 그렇기 때문에 성립을 위한 엄격한 요건을 요구하고 있으며, 그러한 요건은 신탁의 효과 특성과 관련하여 나름의 타당성을 갖추고 있다.

목시 의사신탁의 성립에 있어서 신탁재산의 독립성과 관련한 우려는 충분히 합리적인 것이다. 그러나, 앞서 살펴본 바와 같이 우리의 일상 거래와 상거래에 있어서 제 3 자의 불측의 피해 문제가 발생할 여지는 많지 않을 것으로 예상된다.

부동산의 경우에는 등기의 문제로 목시 의사신탁의 성립이 인정될 가능성이 높지 않으며, 금전에 대한 신탁의 경우에도 신탁의 요건에 부합하는 거래들은 충분히 수탁자에 대한 의무 부과와 신탁재산의 독립성이 인정되어야 할 필요성이 있는 거래들에 있어서만 목시 의사신탁이 성립될 가능성이 높을 것으로 예상된다. 따라서, 실제로 ‘무분별한 목시 신탁의 성립’으로 인해서 제 3 자가 불측의 피해를 입을 가능성은 현실적으로 높지는 않을 것으로 예상된다.

第 3 節 금융 소비자보호와 목시 신탁

I . 신탁을 통한 금융 소비자보호

1. 금융과 신탁

금융거래를 포함한 현대의 상거래는 그 본질적 특성상 신탁에 친화적이거나 신탁 유사 구조를 이루고 있는 경우가 많다. 해당 상거래의 목적이 되는 서비스의 수행이나 양도/교환의 대상 자산의 관리 및 운영을 본인이 아닌 대리인이나 위탁인(본 논문에서는 ‘대행자’라고 한다)이 대행하는 경우가 많기 때문이다.

이러한 이유는 거래의 종류에 따라 다양하지만 크게 일반화시키면 이하와 같다.

- ① **대행자의 전문성:** 본인보다 대행자가 그 거래에 대해 보다 전문적인 지식과 경험을 갖춘 경우, 대행자가 대상 행위를 하는 것이 더 효과적일 수 있다. 이는 대부분의 위임과 대리 행위의 중요 이유에 해당한다. 가장 간단한 사례를 들자면, 격지 간 매매의 목적물을 매수인에게 보낼 때 매도인이 직접 전달하는 것보다는 운송업자를 통해서 보내는 것이 보다 저렴하고 효율적이고 안전하기 때문에, 대부분의 격지 간 매매 목적물의 전달은 운송 계약에 따라 전문 운송업자가 대신 전달(운송)을 한다.
- ② **규제 요구:** 거래 자체가 특별한 허가나 인가를 요구하는 경우 그러한 거래를 할 수 있는 대행자를 거쳐야만 하는 경우가 있을 수 있다. 또한, 이해상충이나 기타 관련 규정 등으로 인하여 본인이 대상 자산을 관리할 수 없을 때에는 대행자를 거쳐야만 한다. 이러한 규제는 주로 공개 시장에서 유통되는 증권과 이와 관련한 정보의 생성과 관련한 것들이 많다. 전문적인 지식이 필요한 영역이기도 하며, 시장의 효율, 안전과 관련된 정보의 생성에는 급적 제 3 자가 정보의 생성에 개입하는 것이 안전하기 때문이다. 이러한 예로서 코스닥시장 상장규정에서는 법인 자신만에 의한 직접 발행은 가능하지 않게 규정하고 있다. 따라서, 코스닥시장

에 상장하고자 하는 법인은 투자매매업 및 투자중개업을 인가받은 금융투자업자(코스닥시장 상장규정에서는 ‘상장주선인’이라 한다)를 통해서 상장을 진행하게 된다⁷⁴⁴.

- ③ **신용 위험의 축소:** 거래의 목적 자산의 보관이나 채무의 이행을 대행자가 수행하여 거래 상대방의 신용 위험으로부터 거래 목적 자산을 차단시킬 수 있다면, 이는 거래의 위험을 축소시킬 수 있기 때문이다. 기업간 물품 공급 계약에서 거래 상대방의 신용 위험을 헤지하기 위해서 지급업무대행 계약의 방법으로 ‘상환청구권이 없는(without recourse) 매출채권매입’ (매출채권 팩토링) 계약을 은행과 체결하기도 한다. 이는 주로 중간의 팩터(Factor⁷⁴⁵, 우리나라의 경우 주로 은행이 한다)가 상품 매도인의 상품 매수인에 대한 물품 대금채권을 양수하여, 1) 상품 매도인이 물품 대금채권의 양도를 통해 수익을 빨리 회수할 수 있게 하고 (prepayment)⁷⁴⁶ 2) 상품 매수인이 지급불능 상태에 이르더라도,

⁷⁴⁴ KRX의 코스닥시장 상장규정의 여러 조문들은 ‘상장주선인’을 통한 신규 상장을 전제로 하고 있다. 예를 들면

제 4 조 (상장예비심사청구) ② 제 1 항에 따른 주권의 신규상장 신청인이 상장예비심사청구를 하는 때에는 상장주선인을 통하여 세칙에서 정하는 상장예비심사청구서 2 부에 다음 각호의 서류를 첨부하여 제출하여야 한다.

⁷⁴⁵ 원래 ‘factor’라는 용어는 라틴어동사인 ‘facere’에서 유래하였는데 이는 “to make or do” 즉 ‘일을 되게 하는 사람(he who gets things done)’이라는 뜻으로, 고대 로마의 귀족들은 팩터를 고용해 장원(estate)에서 나오는 생산물을 관리하게 하는 등 팩터는 산업과 상업에서 중요한 역할을 했다고 한다. 이운영, 영미 수출팩토링 제도에 관한 연구. 통상정보연구, 14(1), 2012, p345-366.; Herbert R. Silverman, , “Factoring as a financing device”, Harvard Business Rev. Sept. 1949.

⁷⁴⁶ 채권 양도라는 형식이긴 하지만, 상품 매도인이 팩터에게 물품 매도 대금채권을 양도하는 시점과 팩터로부터 채권 양수 대금을 지급받는 시기는 계약마

팩터가 상품 매도인에 대한 지급을 실질적으로 보증하게 되는 구조⁷⁴⁷로 이루어져 있다.⁷⁴⁸

금융거래의 경우에는 상기 언급한 모든 이유가 적용되는 경우가 대부분이라고 보아도 과언이 아니다. 거래의 전문성 요구와 규제의 요구 그리고, 거래의 신용 위험 축소를 위해서, 전문성이 있는 금융기관이 거래의 목적 자산을 보관, 관리하거나 거래의 목적 행위를 대행하기도 한다.

2. 투자자 보호 수단으로서의 신탁

위와 같은 목적을 위해서 신탁은 최고의 수단이 될 수 있다. 신탁을 통해 거래 대상 자산을 대행자에게 이전시킬 경우, ① 신탁 자산을 보다 전문적인 대행자가 관리, 보관하게 되며, ② 거래를 수행할 수 있는 대행자에게 신탁 자산이 이전되어 규제 문제를 회피할 수 있고, ③ 신탁재산

다 다르다. 인터넷을 통해서 공개되어 있는 우리나라 시중 은행의 팩터링 계약서 양식에 따르면, 팩터인 은행이 양수한 채권의 채무자인 상품 매수인으로 부터 대금을 지급받으면 이를 다시 채권 양수 대금으로 상품 매도인에게 지급하는 구조가 대부분인 것으로 보인다. 따라서, 관련 문헌에 자주 나오는 팩터링을 통한 ‘조기 유동성 공급’은 개별 계약마다 실현 여부가 다른 것으로 보인다. 이를 ‘부진정 팩터링’이라고 지칭한다

⁷⁴⁷ 심지어는 상품 매수인이 지급불능에 빠질 경우에는 팩터링 계약 자체를 해제할 수 있어서, 애당초 팩터링 계약의 목적인 ‘상품 매수인의 신용 위험으로부터 상품 매도인을 차단하는 것’이 실현되는 것인지 의문인 계약서도 존재한다.

⁷⁴⁸ 팩터링에 대한 개관은 참조 UNIDROIT CONVENTION ON INTERNATIONAL FACTORING (Ottawa, 28 May 1988), Freddy Salinger, International Factoring and Conflicts of Law, 1 Law & Fin. Mkt. Rev. 7, 10 (2007)

의 독립성으로 인하여 거래 당사자들뿐만이 아니라 대행자인 수탁자의 신용 위험도 차단할 수 있기 때문이다.

실제로 영미의 금융 거래 구조에서는 대행자나 중간 도관이 거래 구조에 들어올 경우 대부분 신탁 구조를 통해서 이루어지며, 비록 당사자들이 신탁을 명시하지 않았더라도, 전체적인 거래의 구조와 정황에 대한 법원의 판단을 통해 신탁이 성립되기도 한다.

즉, 영미의 금융 거래에서 신탁은 거래를 위한 당사자들의 도구이기도 하면서, 동시에 거래의 사고, 특히 당사자의 파산이 발생했을 때 법원이 형평적인 결과를 추구할 수 있게 해주는 법원의 도구⁷⁴⁹이기도 한 것이다.

그러나, 영미의 금융 거래 구조를 차용해 온 우리는 이러한 거래 구조를 위한 도구인 신탁은 들여왔지만, 신탁에 해당하는 거래에서 법원이 신탁을 인지하여 사안을 해결하는 방식은 들여오지 않아 반만 들여온 상태로 사용하고 있고, 이는 지속적인 문제의 발생 원인이 될 수밖에 없다.

앞서 설명한 부진정 팩터링을 예로 들어보면 이는 분명해진다. 상품 매도인이 팩터인 은행에게 대금 채권을 양도하고, 양수 대금은 팩터가 상품 매수인으로부터 대금 채권을 받은 다음에 지급하기로 약정한 후, 은행이 파산할 경우, 구체적인 상황에 따라 다르겠지만 영미 신탁의 판례의 태도로는 상기 부진정 팩터링 계약서에 신탁이라는 명시적인 표현이 없더라도,⁷⁵⁰ 은행을 수탁자로, 대금 채권을 신탁재산으로 하는 신탁이 성립되고 이를 통해 상품 매도인이 보호받을 가능성이 높다.

반면, 묵시 의사신탁의 성립 여부가 불분명한 우리 판례의 태도로는 위와 같은 사례에서 대금 채권은 파산 재단에 속하게 되고, 상품 매도인

⁷⁴⁹ 이러한 예로는 *Lehman Brothers International (Europe) v CRC* 가 있다. 이는 제 5 장 제 2 절 II. 2. 라. (4). 에서 설명하도록 한다.

⁷⁵⁰ 실제로 국내 은행들의 팩터링 표준 계약서에는 신탁이라는 문구가 없다. 팩터인 은행이 만든 계약서에서 굳이 수탁자에게 의무를 부과하는 신탁을 선호할 이유는 없기 때문인 것으로 보인다.

은 담보가 없는 은행의 일반 채권자가 될 가능성이 높으며, 이는 애당초 팩토링의 ‘수출 중소기업을 거래 상대방의 신용 위험으로부터 보호하려는’ 목적에서 떨어진 결과일 것이다.

3. 금융 거래 당사자들 간의 불균형

더 나아가, 실제 상거래에서는 당사자 일방이 신탁의 설정을 원한다고 해서 항상 신탁 설정 의사의 명시적인 선언이 가능한 것은 아니다. 거대 회사와 거래하는 일반 소비자의 입장에서는 자신이 지급한 선금금 등이 신탁으로 보호되기 원한다고 하더라도, 기업과 일반 소비자 사이의 협상력(bargaining power) 차이로 인해서, 소비자가 이를 기업에게 요구하기도 쉽지 않고, 요구가 있다 한들 기업이 이를 받아들일 유인은 적어서 현실적으로 당사자가 원한다고 하더라도 신탁의 적시가 이루어질 가능성이 높지 않다.⁷⁵¹

예컨대 중소기업이 자신의 주거래은행과 거래의 실질이 신탁에 해당하는 금융 거래를 한다고 하더라도, 당사자 간의 협상력 차이로 인해서 ‘신탁’이란 용어의 명시를 요구하는 것은 현실적으로 어렵다. 앞서 설명하였듯이 신탁의 당사자들과 당사자의 채권자들 사이에는 상황에 따라 ‘신탁’의 성립에 관한 각자의 유인이 다르기 때문에, ‘애당초 신탁이라고 명시했으면 문제가 생기지 않는다’라는 주장은 현실의 거래 관계를 반영하지 못한 주장으로 볼 수도 있다.

정보의 불균형과 협상력의 차이로 인해서 타인에 의해 자신의 권리에 큰 침해 받을 수도 있는 사람을 단순히 사적 자치의 원칙만을 강조하여 보호하지 않고 방관하는 것은 최소한 금융 규제법의 영역에서는 옳은

⁷⁵¹ Re Kayford [1975] 1 All ER 604 로 촉발된 고객의 선금금 보호 방법에 대한 논의와 관련하여, ‘신탁’의 명시적인 적시 요구로 해결할 수는 없었을 것인가에 대한 논의로 GARTON ET AL., *supra* note 3. at 758-759

방향으로 평가받기는 어려울 것이다. 만약, 묵시 의사신탁을 통한 신탁 성립의 범위의 확대가 현행 법률의 사각지대에서 보호 필요성이 있는 당사자를 보호할 수 있다면 이에 대해서는 논의가 필요하다.

4. 신탁을 이용한 금융소비자 보호

금융소비자, 금융투자자가 직접 자신이 거래 상대방과 금융거래 또는 금융상품투자를 하는 경우도 없는 것은 아니지만, 대부분의 경우 일반적인 금융투자자는 전문적인 금융투자업자의 운용이나 중개 등을 통해서 금융상품에 투자 또는 거래를 하게 된다. 이때, 금융투자자가 위와 같이 금융상품에 투자 또는 거래를 하기 위해서는 투자를 위한 자금 등을 금융투자업자에게 위탁해야 하는데, 이러한 위탁된 자금이 단순히 금융투자업자의 단일 명의로 혼장입치되어 있는 경우에는, 금융투자자는 해당 금융투자업자의 파산이나 회생절차 개시 시에 일정한 피해를 입을 수밖에 없다. 이처럼 금융투자자가 자신이 투자하는 금융상품 자체의 위험뿐만 아니라 중개, 운용 등을 해주는 금융투자업자의 신용 위험에까지 이중으로 노출될 경우, 금융 거래에 있어서 상대적으로 정보를 가지고 있지 않고, 금융투자업자의 신용도를 정확하게 평가할 수 없는 투자자로서는 금융 투자를 할 유인이 줄어들게 될 수밖에 없다.

따라서, 금융 산업과 금융투자업의 안정적인 발전과 지속을 위해서는 투자자 보호가 절대적으로 중요하며, 이러한 투자자 보호의 관점에서 보자면 위와 같은 금융투자업자의 신용 위험으로부터 투자자의 자산을 격리, 보호하는 것의 중요성은 더 강조할 필요가 없을 것이고, 이는 금융 시스템 측면에서 보자면 결제완결성(settlement finality)을 위해서도 필요한 조치라 할 것이다.

그리고, 이러한 투자자 보호의 목적에 있어서 신탁은 수탁자에 대한 의무 부과와 신탁재산의 도산격리 효과를 통해서 충분한 보호를 제공할 수 있고, 이미 많은 부분에서 이용되고 있다.

II. 신탁을 통한 보호 범위

1. 개별적/포괄적 신탁의 적용

앞서 설명한 금융 소비자 보호에 있어서의 신탁의 장점으로 인하여, 신탁은 이미 금융규제의 많은 부분에서 사용되고 있다. 그러나, 신탁의 적용 범위에 있어서는 각 국가별로 다른 모습을 보여주고 있다. 우리의 자본시장법의 경우에는 신탁의 적용/의무 부과 대상에 개별적으로 명시하고 있지만, 영국의 규제 방식은 이와는 달리 포괄적으로 신탁의 적용을 규정하고 있다. 이하에서는 이러한 규정의 차이의 모습과 그로 인한 효과의 차이를 살펴본다.

2. 자본시장법상 투자예탁금 보호 장치

가. 자본시장법 제 74 조: 투자매매업, 투자중개업

(1) 투자예탁금의 분리 관리(예치 강제)

자본시장법은 금융투자업자가 투자자로부터 예탁 받은 자산을 투자자의 도산으로부터 격리시키는 규정들을 갖추고 있다.

자본시장법은 투자자 보호를 위한 도산격리 방안으로 금융투자업자가 예탁받은 투자자예탁금(투자자로부터 금융투자상품의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 예탁받은 금전을 말한다)에 대해서 신탁을 강제하거나 또는, 신탁이 아니더라도 신탁과 유사한 내용의 도산격리 효과를 규정하고 있다.

예컨대 자본시장법 제 74 조 제 1 항에서는 투자매매업자 또는 투자중개업자는 투자자예탁금을 고유재산과 구분하여 증권금융회사에 예치(預置) 또는 신탁하여야 한다고 규정하고 있고,⁷⁵² 동조 제 2 항에서는 해당 금융투자업자가 신탁업을 영위하는 경우에는 자기 계약의 형식으로 해당 투자자예탁금을 수탁할 수 있다고 규정하고 있다.⁷⁵³

또한, 동조 제 3 항에서는 투자자예탁금을 예치 또는 신탁하는 경우에는 예치기관(예치 받은 증권금융회사와 수탁 받은 신탁업자를 의미한다)에게 그 투자자예탁금이 투자자의 재산이라는 뜻을 밝혀야 하고,⁷⁵⁴ 동조 제 7 항에서는 예치기관이 예치 또는 수탁 받은 투자자예탁금을 어떻게 운용해야 하는지 규정하고 있다.⁷⁵⁵

⁷⁵² 자본시장법 제 74 조(투자자예탁금의 별도예치) ① 투자매매업자 또는 투자중개업자는 투자자예탁금(투자자로부터 금융투자상품의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 예탁받은 금전을 말한다. 이하 같다)을 고유재산과 구분하여 증권금융회사에 예치(預置) 또는 신탁하여야 한다.

⁷⁵³ 자본시장법 제 74 조 ② 겸영금융투자업자 중 대통령령으로 정하는 투자매매업자 또는 투자중개업자는 제 1 항에 불구하고 투자자예탁금을 제 1 항에 따른 예치 또는 신탁 외에 신탁업자(증권금융회사를 제외한다. 이하 이 조에서 같다)에게 신탁할 수 있다. 이 경우 그 투자매매업자 또는 투자중개업자가 신탁업을 영위하는 경우에는 「신탁법」 제 3 조제 1 항에 불구하고 자기계약을 할 수 있다. <개정 2011.7.25.>

⁷⁵⁴ 자본시장법 제 74 조 ③ 투자매매업자 또는 투자중개업자는 제 1 항 또는 제 2 항에 따라 증권금융회사 또는 신탁업자(이하 이 조에서 "예치기관"이라 한다)에게 투자자예탁금을 예치 또는 신탁하는 경우에는 그 투자자예탁금이 투자자의 재산이라는 뜻을 밝혀야 한다.

⁷⁵⁵ 자본시장법 제 74 조 ⑦ 예치기관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 방법으로 투자자예탁금을 운용하여야 한다.

1. 국채증권 또는 지방채증권의 매수
2. 정부·지방자치단체 또는 대통령령으로 정하는 금융기관이 지급을 보증한 채무증권의 매수

(2) 신탁된 투자자예탁금의 보호

상기 규정에 의해서 신탁된 투자자예탁금은 신탁법 상의 신탁재산이 되고, 이에 따라 신탁법 제 22 조 제 1 항에 의해서 신탁된 투자자예탁금에 대한 강제집행, 담보권 실행 등을 위한 경매, 보전처분이 금지되고(강제집행 금지),⁷⁵⁶ 동법 제 24 조에 의해서 투자자예탁금을 수탁 받은 신탁업자가 파산 또는 회생절차에 들어가더라도, 파산재단, 회생절차의 관리인이 관리 및 처분 권한을 갖고 있는 채무자의 재산이나 개인회생재단을 구성하지 아니하게 된다(수탁자의 파산으로부터의 도산격리).⁷⁵⁷

(3) 신탁되지 않고 예치된 투자자예탁금의 보호

위와 같이 신탁업자에게 신탁된 것이 아닌 증권금융회사에 예치된 투자자예탁금은 신탁법 상의 신탁재산으로 인정될지 여부가 불분명하므로,

3. 그 밖에 투자자예탁금의 안정적 운용을 해할 우려가 없는 것으로서 대통령령으로 정하는 방법

⁷⁵⁶ 신탁법 제 22 조(강제집행 등의 금지) ① 신탁재산에 대하여는 강제집행, 담보권 실행 등을 위한 경매, 보전처분(이하 "강제집행등"이라 한다) 또는 국세 등 체납처분을 할 수 없다. 다만, 신탁 전의 원인으로 발생한 권리 또는 신탁사무의 처리상 발생한 권리에 기한 경우에는 그러하지 아니하다.

② 위탁자, 수익자나 수탁자는 제 1 항을 위반한 강제집행등에 대하여 이의를 제기할 수 있다. 이 경우 「민사집행법」 제 48 조를 준용한다.

③ 위탁자, 수익자나 수탁자는 제 1 항을 위반한 국세 등 체납처분에 대하여 이의를 제기할 수 있다. 이 경우 국세 등 체납처분에 대한 불복절차를 준용한다.

⁷⁵⁷ 신탁법 제 24 조(수탁자의 파산 등과 신탁재산) 신탁재산은 수탁자의 파산재단, 회생절차의 관리인이 관리 및 처분 권한을 갖고 있는 채무자의 재산이나 개인회생재단을 구성하지 아니한다.

예치된 투자자예탁금에 대해서는 위에서 설명한 신탁법에 따른 강제집행 금지와 수탁자의 파산으로부터의 도산격리 효과가 발생하기 어려울 가능성이 높다.

그러나, 자본시장법 제 74 조 제 4 항에서는 예치기관에 예치 또는 신탁한 투자자예탁금을 상계(相計)·압류(가압류를 포함한다)하지 못한다고 규정하고 있어서, 신탁재산인 투자자예탁금과 신탁재산이 아닌 투자자예탁금에 대해서도 일정 부분의 보전처분 등을 금지하고 있고, 동조 제 5 항에서는 예치금융투자업자가 파산 등의 원인으로 금융투자업을 지속할 수 없을 경우 투자예탁금을 투자자에게 돌려주어야 한다고 규정하고 있고, 동조 제 6 항은 예치기관이 파산 등의 원인으로 예치나 신탁업을 지속할 수 없을 경우 투자예탁금을 예치금융투자업자에게 돌려주어야 한다고 규정하고 있어서, 신탁재산이 아닌 투자자예탁금에 대해서도 예치금융투자업자 또는 예치기관의 파산 등으로부터 도산격리 효과를 규정하고 있다.⁷⁵⁸

⁷⁵⁸ 자본시장법 제 74 조 ⑤ 예치금융투자업자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하게 된 경우에는 예치기관에 예치 또는 신탁한 투자자예탁금을 인출하여 투자자에게 우선하여 지급하여야 한다. 이 경우 그 예치금융투자업자는 대통령령으로 정하는 기간 이내에 그 사실과 투자자예탁금의 지급시기·지급장소, 그 밖에 투자자예탁금의 지급과 관련된 사항을 둘 이상의 일간신문에 공고하고, 인터넷 홈페이지 등을 이용하여 공시하여야 한다.

1. 인가가 취소된 경우
2. 해산의 결의를 한 경우
3. 파산선고를 받은 경우
4. 제 6 조제 1 항제 1 호 및 제 2 호의 금융투자업 전부 양도가 승인된 경우
5. 제 6 조제 1 항제 1 호 및 제 2 호의 금융투자업 전부 폐지가 승인된 경우
6. 제 6 조제 1 항제 1 호 및 제 2 호의 금융투자업 전부의 정지명령을 받은 경우
7. 그 밖에 제 1 호부터 제 6 호까지의 사유에 준하는 사유가 발생한 경우

즉, 자본시장법은 투자매매업자 또는 투자중개업자에게 투자자예탁금의 별도예치(일종의 분별관리)를 강제하고, 수탁된 투자자예탁금에 대해서는 신탁법을 통해서 그리고, 수탁되지 않고 예치된 투자자예탁금에 대해서는 동법 제 74 조의 신탁의 도산격리 효과 유사 규정들을 통해서, 투자자예탁금에 대한 신탁의 성립 여부와 상관없이 도산격리 효과를 인정하여 투자자 보호를 실현하고 있는 것이다.

나. 자본시장법 제 177 조의 8: 온라인소액투자중개업자

위에서 설명한 자본시장법 제 74 조의 금융투자업자의 도산으로부터 투자자 자산을 격리하는 태도는 기존의 전통적인 금융업인 투자중개업과 투자매매업에만 적용되는 것이 아니다. 이러한 태도는 인터넷 기술 등을 바탕으로 새롭게 나타난 비교적 최근의 새로운 금융 서비스에 해당하는 클라우드펀딩 중개업에도 적용되고 있다.

클라우드펀딩 중개업은 클라우드 펀딩을 활용한 금융 서비스의 하나로, 클라우드 펀딩은 특정 개인이나 조직의 활동 및 사업을 지원하기 위한 자금을 인터넷 상의 매개체(플랫폼)를 통해 통해 다수의 개인으로부터 모집, 제공하는 행위를 의미한다.⁷⁵⁹

자본시장법은 온라인상에서 누구의 명의로 하든지 타인의 계산으로 채무증권, 지분증권, 투자계약증권의 모집 또는 사모에 관한 중개(일반적으로 클라우드펀딩 중개라 한다)를 영업으로 하는 투자중개업자를 ‘온라인

⑥ 예치기관은 그 예치기관이 제 5 항 각 호의 어느 하나에 해당하게 된 경우에는 예치금융투자업자에게 예치 또는 신탁받은 투자자예탁금을 우선하여 지급하여야 한다.

⁷⁵⁹ 서병호 & 이순호, *P2P 대출중개에 관한 제도적 개선방안*. p3

소액투자중개업자'라고 정의하고,⁷⁶⁰ 이에 대하여 2015.7.24 신설된 자본시장법 제 117 조의 3 부터 제 117 조의 16 까지에서 규정하고 있다.

상기 조항 중 자본시장법 제 117 조의 8 에 따르면, ① 온라인소액투자중개업자는 투자자로부터 일체의 금전·증권, 그 밖의 재산의 보관·예탁을 받아서는 아니 되고, 투자자의 청약증거금을 대통령령으로 정하는 은행 또는 증권금융회사에 예치 또는 신탁되도록 하여야 하고(투자금의 분리 예치 강제), ② 이러한 분리예치 강제에 따라 예치 또는 신탁된 투자자의 청약증거금을 상계·압류(가압류를 포함한다)하지 못하며, 온라인소액투자중개업자는 대통령령으로 정하는 경우 외에는 은행 또는 증권금융회사에 예치 또는 신탁된 투자자의 청약증거금을 양도하거나 담보로 제공 하여서는 아니 된다고 하고(강제 집행의 금지), ③ 온라인소액투자중개업자는 등록취소, 해산결의 등 대통령령으로 정하는 사유가 발생한 경우 은행 또는 증권금융회사에 예치 또는 신탁된 투자자의 청약증거금이 투자자에게 우선하여 지급될 수 있도록 조치하여야 한다고(도산격리), 규정하여,⁷⁶¹ 자본시장법 제 74 조의 내용과 유사한 수준의 투자자 보호를 규정하고 있다.

⁷⁶⁰ 자본시장법 제 9 조 제 27 항

⁷⁶¹ 자본시장법 제 117 조의 8(청약증거금의 관리) ① 온라인소액투자중개업자는 투자자로부터 일체의 금전·증권, 그 밖의 재산의 보관·예탁을 받아서는 아니 된다.

② 온라인소액투자중개업자는 투자자의 청약증거금이 대통령령으로 정하는 은행(이하 이 조에서 "은행"이라 한다) 또는 증권금융회사에 예치 또는 신탁되도록 하여야 한다.

③ 온라인소액투자중개업자는 제 2 항에 따라 은행 또는 증권금융회사에 예치 또는 신탁된 투자자의 청약증거금이 투자자의 재산이라는 뜻을 밝혀야 한다.

④ 누구든지 제 2 항에 따라 은행 또는 증권금융회사에 예치 또는 신탁된 투자자의 청약증거금을 상계·압류(가압류를 포함한다)하지 못하며, 온라인소액투자중개업자는 대통령령으로 정하는 경우 외에는 은행 또는 증권금융회사에 예치

그러나, 뒤에서 살펴볼 P2P 대출중개에는 위의 규정이 적용되지는 않는다.

3. 제네바 증권협약(Geneva Securities Convention)

위와 같은 규제 방향은 국제적으로도 일관된 것이라고 보아도 크게 무리가 없을 것이다.

예컨대, 2009년 10월 스위스 제네바에서 채택된 간접보유증권에 관한 실체법 협약(Convention on Substantive Rules Regarding Intermediated

또는 신탁된 투자자의 청약증거금을 양도하거나 담보로 제공하여서는 아니 된다.

⑤ 온라인소액투자중개업자는 등록취소, 해산결의 등 대통령령으로 정하는 사유가 발생한 경우 제 2항에 따라 은행 또는 증권금융회사에 예치 또는 신탁된 투자자의 청약증거금이 투자자에게 우선하여 지급될 수 있도록 조치하여야 한다.

⑥ 그 밖에 제 1항부터 제 5항까지의 청약증거금의 예치 또는 신탁 등과 관련하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

[본조신설 2015.7.24.]

Securities, 이하 ‘제네바 증권협약’)^{762, 763} 에서도 중개기관이 투자자인 계좌보유자(account holder)를 위해서 보유하는 증권은 그 보유방식 및 법률구성에 관계 없이 간접보유증권의 실질적인 소유자인 계좌보유자를 보호하기 위해서 그 간접보유증권을 중개기관의 재산에서 분리하여 관리할 것이 요구하고 있으며, 이러한 분리 관리되는 증권은 중개기관의 도산에 영향 받지 아니하고(제 25 조 6 항), 그 배분된 증권은 중개기관의 채권자에 대한 책임재산을 구성하지 아니해야 한다고(제 25 조 2 항) 규정함으로써 투자자를 중개기관의 도산으로부터 격리시키는 것을 원칙으로 하고 있다.⁷⁶⁴

4. 영국의 투자자 보호

가. FCA의 접근 방법

⁷⁶² 증권의 보유는 간접보유방식(indirect holding system)으로의 전환되는 것이 세계적인 추세이나, 이와 관련하여 각국의 법제의 차이가 발생하고 있고, 이로 인해서 증권이 국제적으로 거래되는 경우 증권의 취득, 보유 및 처분 등에 여러 국가의 중개기관이 다층적으로 개입됨으로써 법적 불확실성이 높아진다. 이에 UNIDROIT¹⁾는 2002 년 증권의 간접보유에 관한 법제의 조화와 통일을 위한 작업에 착수하여 8 년간의 폭넓은 논의과정을 거친 끝에 2009 년 10 월 스위스 제네바에서 간접보유증권에 관한 실체법 협약(Convention on Substantive Rules Regarding Intermediated Securities)을 채택하였다. 박철영, 제네바증권협약의 제정과 국내 증권법의 과제, 11(1) 증권법연구 305-354 (2010). 307-308 면

⁷⁶³ 2012 년 기준으로 논의에 참가한 40 개국 중에 오직 방글라데시만 서명, 비준하였지만, 증권의 간접표준에 대한 법제에 있어서 국제적인 표준으로서의 의미는 충분한 것으로 평가된다.

⁷⁶⁴ 박철영, *전제논문* 762. 325-334 면

자본시장법은 금융투자업자가 도산 등의 원인으로 인하여 더 이상 영업을 할 수 없게 되는 상황에서의 투자자의 투자금 보호를 위하여 이러한 보호가 필요한 각 금융투자업을 선별하여 투자자의 투자금이나 예탁금의 예치 방법 등을 개별적으로 규정하고 있다.

이와는 달리 영국 금융행위규제청(Financial Conduct Authority; FCA)은 각 금융 서비스(금융투자업)에 대한 개별적인 규제가 아닌 투자자의 투자금 보호를 위한 일반적이고 포괄적인 규정을 갖추고 있다.

즉, 업의 차이에 따라서 개별적으로 리스크를 분석하고 이에 대한 개별적인 안전장치를 마련하는 것이 아니라, 업의 차이를 떠나서, 어느 업에서든 나타날 수 있는 보편적인 리스크에 대해서는 포괄적이고 일반적인 규정을 정하고, 필요한 부분에 대해서는 추가적인 규정이나 적용 예외 규정을 두는 것이다.

이러한 보편적 리스크와 관련된 안전장치(safeguard) 중 고객에게 정확한 정보를 제공하게 하는 것과 회사의 신용 위험으로부터 투자자 자산을 보호하는 것은 그 어떠한 금융 서비스에서도 중요한 것이기 때문에, 이에 대해서는 금융서비스시장법 2000(Financial Services and Markets Act 2000; FSMA 2000)에서의 관련 규정들과 함께, 특히 투자자 자산의 보호와 관련하여서는 투자자 자산 관련 규정집(Client Assets Source-book; CASS)을 갖추고 있고, 이러한 규정들은 기존의 전통적인 금융산업뿐만 아니라, P2P 대출과 같은 신생 금융 서비스에 대해서도 적용되고 있다.⁷⁶⁵

위와 같은 규제 기술의 방식 차이는 새로운 유형의 금융 서비스가 나타날 때 더 뚜렷하게 부각된다. 현재 우리나라의 금융 규제 방식에 따를 경우, 새롭게 등장한 서비스의 성격이 일단 금융업에 해당하는지, 금융업에 해당한다면 투자중개업인지, 집합투자업인지 또는 대부업인지 결정

⁷⁶⁵ 이와 같은 FCA의 방식을 우리나라에 그대로 도입하는 것은 쉽게 가능하지 않을 것으로 판단된다. 관련 내용은 뒤에서 다루도록 한다.

되지 않는 동안에는 해당하는 규제가 명확하지 않아서 규제의 공백이 발생할 수 있다.

그러나, 상기 영국 금융행위규제청의 방식에 따를 경우에는 자본시장법의 규제 방식과는 달리 신생 금융 서비스의 성격이 정확히 규정되지 않았다고 하더라도, 일단 사업 운영의 일부로 고객의 돈을 보관 또는 운용 또는 예탁 자산을 보관하게(이하 ‘보관 등’) 되는 경우 즉, 달리 말하면 고객의 돈이나 자산이 회사로 이전되어 이에 대한 보호가 필요할 경우에는 달리 예외 규정이 없는 한 상기 규정들이 적용되는 것이다.

나. 투자자 자산 관련 규정집(CASS)

CASS(Client Assets Sourcebook)는 규정의 적용 대상들을 한정적으로 열거하고 있지 않고, “회사가 사업의 일부로 고객(투자자)의 돈을 보관(hold) 또는 운용(control) 또는 예탁 자산을 보관할 때에는 그 업종에 상관없이 CASS의 규정을 준수해야만 하고,⁷⁶⁶ 이러한 규정의 목적은 회사가 영업을 할 수 없게 되는 경우(fail and exit the market) 고객의 돈과 자산을 보호하기 위해서” 라고 규정하고 있다.⁷⁶⁷

CASS는 투자자 자산 보호의 안전장치로 회사에게 투자자에 대한 정확한 정보의 제공(CASS 9 Information to clients)과 투자자의 돈을 회사의 돈으로부터 분별관리(segregation, CASS 7 Client money rules)하는 것

⁷⁶⁶ 당연히 이에 대한 적용 예외 대상 규정도 존재한다. 관련 규정이 적용되기 적절하지 않은 개방형 투자회사(investment company with variable capital; ICVC) 등에 대해서는 CASS가 적용되지 않는다고 규정하고 있고(Client Assets Sourcebook 1.2.3.), CASS의 개별 규정별로도 적용이 적절하지 않거나 불필요한 특정 유형의 사업에는 적용 예외 규정을 두고 있다. 즉, 원칙적으로는 적용이고, 예외적으로 적용되지 않는 형태로 우리 금융 규제 방식과는 일정 부분 반대 형태를 취하고 있다고도 볼 수 있다.

⁷⁶⁷ <https://www.fca.org.uk/firms/client-money-assets> (2018. 5. 15. 검색)

과 회사의 도산 절차에서의 청산 계획(CASS 10 resolution pack) 등을 요구하고 있다.

이와 함께 CASS는 투자자 보호의 수단으로 신탁을 적극적으로 이용하고 있다.

다. 신탁의 적극적인 활용

앞서 설명하였듯이 신탁은 그 기원부터 대상 재산이 수탁자에게 이전된 상황에서 수익자에게 발생할 수 있는 부당한 결과를 회피하기 위하여 수탁자에게 일정한 의무를 부과하는 관계였고, 이러한 신탁의 성립을 통해서 수탁자는 일정한 의무를 부담하게 되고, 동시에 신탁재산은 수탁자의 도산으로부터 격리되게 된다.

일반적인 고객과 회사의 관계에서는 정보의 불균형이 있을 가능성이 높으며 또한, 고객의 돈을 회사가 운용 또는 보관하고 있는 상황에서는 고객의 돈을 보관하는 회사에게 일정한 의무를 부과하지 않을 경우에는 회사가 자신의 이익만을 위해서 고객의 자금을 사용할 가능성이 있고, 이로 인해서 고객에게 손해가 발생할 수 있다.

물론 이러한 의무를 사적자치의 원칙에 따라 고객과 회사가 계약 등을 통해서 서로의 권리와 의무를 정하는 방식으로 규정할 수도 있지만, 일반적인 개인과 회사의 협상력의 차이가 존재할 가능성이 높으며, 개인인 고객은 회사에 비해서 회사, 규제 등에 대해서 정보가 부족할 수밖에 없고, 개인이 자신에게 필요한 권리와 회사의 의무를 규정하고 회사에게 이에 동의하게 하는 만드는 것은 개인 입장에서는 큰 비용이 드는 일일 수밖에 없다.

FSMA2000은 FCA에게 투자자의 돈을 관리(handling)하는 회사가 이를 신탁으로서 보유하게 강제하는 규정을 만들 수 있는 권한을 부여하고

있고,⁷⁶⁸ FCA 는 이를 근거로 CASS 에서 보험 중개와 관련된 회사와 투자, 투자중개, 특정 투자 등을 영위하는 회사, 부채 관리(debt management) 등을 영위하는 회사들에게 고객의 돈을 신탁으로서 보관할 것을 강제하고 이에 대한 개별적인 신탁 조건을 규정하고 있다.

앞서 살펴보았듯이 영국 신탁은 신탁 대상 확정성의 중요한 요건으로 신탁재산의 분별을 요구하고 있다. 따라서, 위와 같이 분별관리된 투자자의 자산은 법정 신탁 성립을 강제하는 규정이 없더라도 신탁재산으로 인정될 가능성이 높으며, 이러한 규정들은 기존의 전통적인 금융산업뿐만 아니라, P2P 대출과 같은 신생 금융 서비스에 대해서도 적용되고 있다.

물론 위와 같은 FCA 의 규제 방식을 우리나라의 규제 방식과 1 대 1 로 비교하는 것은 법체계와 각 기관의 성격의 차이로 인해서 어느 정도 한계가 있을 수밖에 없으며, CASS 와 같은 규정집을 각 회사들에 일률적으로 적용하는 것은 대상 회사의 정의 방법에서부터 우리 법체계상 문제가 발생할 소지는 분명히 있다.

III . 소 결: 포괄적 규정의 대안으로서 묵시 신탁

위의 신탁을 이용한 보호규정들의 예에서 살펴보았듯이 증권이나 장내 파생상품과 같이 그 거래의 구조와 투자자 보호 그리고, 이와 관련해서 필요한 규제에 대한 논의가 적지않게 축적되어 온 금융투자상품과 거래

⁷⁶⁸ FSMA 2000

137B FCA general rules: clients' money, right to rescind etc.

(1)Rules relating to the handling of money held by an authorised person in specified circumstances (“clients' money”) may—

(a)make provision which results in that clients' money being held on trust in accordance with the rules,

들의 경우에는 해당 업과 관련한 규제들이 투자자의 돈을 예탁받거나, 운용, 중개, 보관 등을 하는 중개기관에게 투자자 보호를 위한 일정한 의무를 부과하고 있으며, 이러한 예탁 받은 자가 해당 업무를 수행할 수 없게 될 경우에 대한 내용들을 미리 사전적으로 규정하고 있는 경우가 대부분이다.

그러나, IT 기술과 금융 기술이 발전하면서 금융 시장과 규제기관에서 친숙하지 않은 새로운 유형의 금융 서비스들이 나타나게 되었고, 이에 대한 규제 대응의 속도 차로 인해서 투자자 보호의 공백이 발생할 수 있게 되었다.

주의할 점은 이러한 새로운 금융 서비스에 대한 투자자 보호의 공백 문제는 단순히 선제적인 규제 도입만으로 해결될 수 있는 것은 아니라는 점이다. 규제기관이나 시장참여자나 새로운 서비스의 형태를 규정하고, 규제가 필요한 부분을 확인하기 위한 신중한 고민과 충분한 시간이 필요할 수밖에 없다. 신중하지 않은 과도하고 너무 앞서간 규제는 정작 투자자 보호에 도움이 되지 않을 수도 있고, 자칫하면 새롭게 나타나는 산업에 불필요한 찬물을 끼얹는 것일 수도 있기 때문이다.⁷⁶⁹

이러한 관점에서 영국의 접근 방법은 많은 시사점을 주고 있다. CASS는 ‘투자자에 대한 보호가 필요한 법률 관계’를 포괄적으로 정의하여 해당하는 법률 관계에 대해서 포괄적인 규정을 적용하고 있다. 이는 차후 어떠한 형태의 금융 서비스가 새로 나타나더라도, 최소한 투자자의 투자금에 대한 일정 수준의 보호장치를 규정할 수 있다는 것에서 큰 의미가 있다.

⁷⁶⁹ 이러한 우려를 반영한 신중한 접근방법의 예로는 P2P 산업에 대해 단계적으로 시장의 반응을 반영하면서 규제를 구성한 영국 금융행위규제청(Financial Conduct Authority; FCA)의 사례가 있다. 이에 대한 국내 문헌의 설명으로는 서승환 & 이지은, *디지털사회 법제연구(III) - P2P 대출 규제체계 구축을 위한 비교법제 연구*, 글로벌법제전략연구 (2017). 61-63 면

물론, 앞서 설명하였듯이 이와 같은 규제 방식은 우리 법체계에서 도입하기에는 적절하지 않은 부분이 있다. 그러나, 묵시적 의사신탁이 인정된다면, 기존의 법규정으로 규제되지 않는 새로운 종류의 금융서비스가 나타난다고 하더라도, ‘수탁자에 대한 의무 부과가 필요한 법률관계’에 해당하는 것으로 인정된다면, 신탁의 성립을 통해 수탁자에 대한 의무 부과와 신탁 재산의 도산격리를 통해서 투자자에 대한 일정 수준의 보호장치를 제공할 수 있다.

다음 절에서는 최근 우리나라에서 문제가 된 신종 금융서비스와 관련한 사안을 중심으로 묵시적 의사신탁의 적용 가능성과 효과에 대해서 검토해 보도록 하겠다.

第 4 節 활용 예제: P2P 대출중개 사례 적용⁷⁷⁰

I. P2P 대출중개의 정의

인터넷 기술을 기반으로 한 핀테크의 등장으로 은행업, 대출업 등 기존의 금융 서비스가 인터넷 기술과 결합하여 새로운 금융 서비스들이 대거 등장하게 되었고, 그중 P2P 대출중개는 새로 나타난 금융 서비스들 중에서 가장 두드러지게 성장한 업종으로서 2015. 12 월 기준으로 대출

⁷⁷⁰ 2019. 8. 현재 금융위원회의 P2P 대출 가이드라인의 개정 통해서 투자자보호를 위한 대출상환금 분리 보관, 청산업무 처리절차 마련 등의 제도 개선이 이루어지고 있다. 이하의 내용의 취지는 P2P 대출 제도에 대한 법률 또는 가이드라인 개정 등을 통한 투자자 보호 조치가 필요하지 않다는 것이 아니라, 제도가 미흡한 경우 묵시 신탁이 보호 수단이 될 수 있음을 설명하기 위한 사례 제시로서의 의미만을 가진다.

잔액 235 억원에서, 2017. 6 월말 기준으로 5,000 억원 수준까지 빠르게 성장하고 있는 중이다.⁷⁷¹

P2P 대출중개는 크라우드 펀딩(crowd funding)의 한 형태로, P2P 대출(peer-to-peer lending)이란 기업이나 개인이 은행과 같은 기존의 금융기관을 거치지 않고 위와 같은 크라우드 펀딩 형식으로 모은 자금을 온라인 플랫폼을 통하여 직접적으로 대출 계약을 체결하는 것이며, P2P 대출중개는 이러한 대출이 이루어지도록 플랫폼을 제공하는 것을 의미한다.^{772, 773}

II . P2P 대출중개의 위험

위와 같은 새로운 금융 서비스의 등장은 기존의 금융 서비스로 충족되지 못하던 시장의 수요를 충족시킬 수도 있고, 기존 금융 시장에 새로운 활력을 제공하기도 한다. 그러나, 새로운 유형의 금융 서비스에 대한 규제 대응 속도나 방향이 적절하지 못한 경우에는 선의의 투자자의 피해가 따를 가능성이 높아지게 된다

⁷⁷¹ '17 년 상반기 대부업 실태조사 결과', 금융위원회 보도자료, 서민금융과

⁷⁷² 서병호 AND 이순호, *supra* note 759. p6

⁷⁷³ 뒤에서 설명할 대부업법 상의 규제에 인해서, 우리나라의 경우 대출은 자회사인 대부업체를 통해서 하고, 모회사는 대출의 중개만을 하는 경우가 대부분이다. 이러한 중개만 하는 업체를 대부업법에서는 '투자자(자금제공자)와 대부를 받으려는 자의 정보를 온라인에서 게재하는 자'라고 정의하고 있고(대부업법 시행령 제 2 조의 4(금융위원회 등록이 필요한 대부업자등)), '온라인대출중개업에 관한 법률안'(이하 '민병두 입법안')에서는 '플랫폼(온라인대출을 위한 것으로서 정보처리 능력을 가진 전자적 체계를 말한다)을 제공하여 자금을 대출받으려는 차입자와 투자자를 중개하는 행위 등(온라인대출중개업)을 업으로 하는 자'라고 정의하고 있다. 민병두 입법안 제 2 조 4 호, 5 호. 본 논문에서는 대출 구조 설명의 편의를 위해서 '플랫폼업체'라고 하도록 한다.

P2P 대출중개의 경우에도 시작 단계부터 투자자 보호와 관련하여 구조적인 문제점을 가지고 있었고, 이는 P2P 대출중개 서비스가 존재하는 다른 나라에서도 마찬가지였다.

1. 차입자의 부도 위험

특히나, 차입자의 신용 정도, 상환 능력 등에 대해서 즉, 투자 대상에 대한 정보가 투자자에게 얼마나 정확하고 이해하기 쉽게 전달하는가의 문제는 P2P 대출중개 서비스가 존재하는 거의 모든 나라에서 있어왔고, 아직까지도 개선을 위한 노력이 계속되고 있는 부분이다.

투자 대상인 차입자의 신용 평가와 이에 대한 정보 전달의 문제는 곧 투자대상인 대출채권의 부도율과 직결이 되는 문제이고, 이는 연속해서 발생한 주요 P2P 대출중개 업체에서의 큰 손실 발생으로 인해서 각국의 금융당국에 의해 중요한 이슈로 지속적으로 지목되었다.⁷⁷⁴

물론 이와 같은 투자 손실이 P2P 대출중개 업체 내부의 부당 대출과 부정 행위들로 인해 발생한 사례들도 있지만,⁷⁷⁵ 일정 부분에 있어서는

⁷⁷⁴ 미국 연방증권거래위원회(SEC)는 Prosper Marketplace, Inc 사안 이래로 P2P 대출증서(note)를 증권거래법(Securities Act of 1933)상의 증권으로 보아 P2P 대출중개업체가 엄격한 증권법적 규제를 받게 했다. 이에 대한 설명으로는 서승환, 이지은, *전개논문* 769. 48-50 면

⁷⁷⁵ 일례로 미국 NASDAQ 에 상장한 ‘Lending Club(미국)’은 ‘16.5 월 2,200 만 달러(256 억원)의 부정대출을 중개한 사실이 밝혀졌고, ‘e 쭈바오 (중국)’는 ‘ 15.12 월 500 억 위안(8.5 조원)을 모집하여 고급 주택 구입 등에 자금 유용한 사실이 발각되었다. 금융감독원 핀테크지원실, 핀테크 주요 트렌드 및 시사점., 23 면

새로운 금융 서비스에 규제기관이 아직 익숙하지 않기 때문이고, 또한 시장 참여자들의 경험 부족에서도 기인하는 측면도 있다.⁷⁷⁶

2. 플랫폼업체의 부도 위험

위의 문제가 차입자의 부도 위험으로 인한 문제라면, 두 번째 문제는 P2P 대출중개의 플랫폼을 제공하는 업체(플랫폼업체)자체의 도산으로 인한 투자자 위험의 문제이다. 플랫폼업체가 투자자로부터 투자금을 받아서, 이 투자금으로 차입자와의 대출을 중개한 후 이로 인해 발생한 대출채권을 관리하던 중 도산할 경우, 플랫폼업체에 남아 있는 투자자의 투자금과 아직 상환이 다 이루어지지 않은 대출채권의 관리에 대해서 문제가 발생할 가능성이 높아지게 된다. 남아 있는 투자자의 투자금은 적절한 조치가 이루어져 있지 않았을 경우, 플랫폼업체의 일반 채권자를 위한 파산재단에 속하게 될 가능성이 있으며, 대출채권 역시 채권자의 명의로 되어 있지 않을 경우 같은 위험에 노출될 가능성이 크다.

III. 투자자 보호

1. 영국의 보호 방식

⁷⁷⁶ 일례로 영국 금융행위규제청이 조사한 자료에 의하면 시장참여자들도 P2P 대출업체들이 기존 금융기관들과는 달리 투자자에게 금융 정보를 제공하는 것에 익숙하지 않고, 투자자들도 지나친 낙관주의 성향이 있어서, 위험이 있을 수 있는 점을 우려하고 있다고 한다. The FCA's regulatory approach to crowdfunding over the internet, and the promotion of non-readily realisable securities by other media, (2014),

<https://www.fca.org.uk/publication/policy/ps14-04.pdf>. p13

영국의 경우에는 앞서 설명한 CASS 를 통해, 플랫폼업체에게 투자자의 투자금을 분별관리하도록 하면서, 제3기관에 맡기거나, 플랫폼업체를 수탁자로 투자자의 투자금을 신탁재산으로 하는 신탁의 성립을 강제하고, 도산 상황에 대한 청산 계획을 강제함으로써 도산 상황에서 투자자의 투자금을 보호하는 장치를 마련해 두고 있다.

2. 우리나라의 대응과 그 한계

앞서 설명하였듯이 크라우드펀딩 중개업자에게 투자자 투자금을 은행 또는 증권금융회사에 예치 또는 신탁되도록 강제하는 자본시장법 제 117조의 8 은 P2P 대출중개 플랫폼업체에는 적용되지 않기 때문에, P2P 대출중개 플랫폼업체들은 투자자들의 투자금을 적정한 금융기관에 예치 또는 신탁하도록 강제되어 있지 않았고, 딱히 다른 관련 규정도 없었기 때문에 이로 인해 플랫폼업체의 도산 위험에 투자자의 투자금은 노출될 수밖에 없는 문제가 존재해 왔다.

실제로 우리나라에서 시장 선도적인 위치의 1 세대 플랫폼업체로 평가받던 머니옥션이 회생절차에 들어가면서, 투자자들의 투자금 손실 문제가 발생하자,⁷⁷⁷ 이에 대한 적절한 규제와 안전장치의 부재에 대한 비판의 목소리가 나타나기 시작했다.

위와 같은 문제에 대한 대응으로 금융감독원에서는 2017. 2. 17. 부터 P2P 대출 가이드 라인을 시행하였고,⁷⁷⁸ 해당 가이드라인에서는 자본시

⁷⁷⁷ 머니옥션 홈페이지에 공지된 법원의 결정문에 따르면, 회생절차 개시 신청에 의하여, 머니옥션의 자산에 대한 보전처분 결정이 내려진 것을 확인할 수 있다. <http://www.moneyauction.co.kr/> 2017. 5. 15.일 기준

⁷⁷⁸ 원래 1 년의 기한이었으나, 관련법이 아직 제정되지 않은 이유로 2019. 2. 26.까지로 연장되었다. 출처 금융감독원 홈페이지

장법 제 117 조의 8 의 내용을 답습하여, 플랫폼업체의 투자자로부터 받은 자산을 업체 등의 자산과 명확히 분리하여 관리하게 하고, 투자자의 투자금을 은행, 상호저축은행, 신탁업자 또는 이와 유사한 자금 보관 및 관리 업무를 적절히 수행할 수 있는 공신력 있는 기관에 투자자의 재산임을 밝히고 예치 또는 신탁하게 규정하며, 해산결의, 파산선고 등 영업을 지속할 수 없는 중대한 사유가 발생한 경우 예치 또는 신탁된 투자금이 투자자에게 우선하여 지급될 수 있도록 조치 투자자 투자금의 분별관리할 것을 규정하였다.⁷⁷⁹

상기 가이드라인의 제시 후 짧은 시간 안에 관련 법률안⁷⁸⁰이 제안되었고, 해당 법률안에서도 상기 가이드라인의 내용을 반영하여, 플랫폼업체가 투자자의 투자금을 직접 보관하지 못하고, 이를 은행 등 자금보관 및 관리업무를 적절히 수행할 수 있는 공신력 있는 기관에 예치 또는 신탁하여야 한다고 규정하고 있다.

그러나, 이와 같은 방식은 우리나라 특유의 P2P 대출중개 서비스의 구조에서는 적절한 안전장치로 평가하기 어려운 측면이 있다. 이하에서는 그 이유를 살펴보도록 한다.

IV . 원리금수취권매입형 구조의 문제

[http://m.fss.or.kr:8000/fss/board/adminGuideBoardDetail.do?page=1®n=&judgmentYear=&searchKey-](http://m.fss.or.kr:8000/fss/board/adminGuideBoardDetail.do?page=1®n=&judgmentYear=&searchKeyword=&seq=20180223110448593&mId=)
[word=&seq=20180223110448593&mId=](http://m.fss.or.kr:8000/fss/board/adminGuideBoardDetail.do?page=1®n=&judgmentYear=&searchKeyword=&seq=20180223110448593&mId=)

⁷⁷⁹ 이에 대해 해당 가이드라인은 단순한 행정지도로써 그 강제력에 한계가 있다는 비판으로 서승환, 이지은, *전제논문* 769. 104-105 면

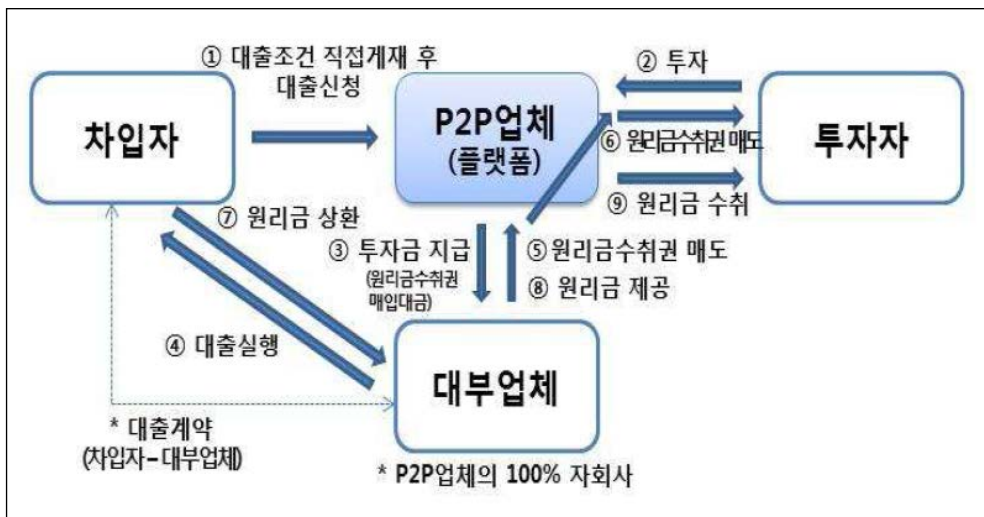
⁷⁸⁰ 의안번호 8120, 온라인대출중개업에 관한 법률안(민병두의원 대표발의), 2017 년 7 월 20 일 발의, 2018 년 5 월 23 일 현재 통과 여부가 확정되지 않았다.

1. 직접 대출 구조의 법규상 불가능

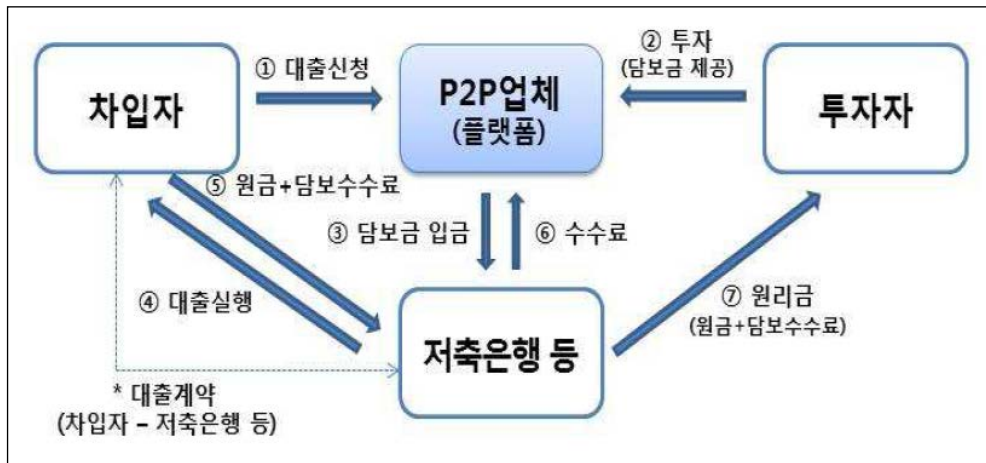
플랫폼업체는 인터넷 플랫폼을 통해서 투자자를 모집할 수는 있지만, 플랫폼업체 자체가 차입자에게 돈을 반복적으로 대출할 경우에는 대부업 등의 등록 및 금융이용자 보호에 관한 법률(약칭 ‘대부업법’)상 대부업자에 해당할 가능성이 있기 때문에, 대부업법에 따른 규제를 피하기 위해서 일반적으로 플랫폼업체는 투자자로부터 투자금을 모집하는 부분까지만 하고, 차입자에게 대출하는 것은 자회사인 대부업체나 계약을 체결한 저축은행 등을 통해서 진행한다.

이때 대부업체를 통하는 방식을 원리금수취권매입형(대부업체 연계)이라고 하고, 저축은행 등을 통하는 방식을 현금담보제공형(은행·저축은행 연계)이라고 하고, 대략적인 구조는 이하의 그림과 같은 방식으로 구성되어 있다.

원리금수취권매입형(대부업체 연계)



현금담보제공형(은행·저축은행 연계)



금융위원회, “P2P 대출 가이드라인 제정 방안”, 2016. 11. 자료

P2P 대출의 개념 구조는 플랫폼업체를 통해서 모은 투자자들의 자금(대출 투자금)을 차입자에게 대출해주고, 차입자가 지급한 원리금을 투자자들이 나누어 가지는 형태이다. 하지만, 앞서 설명한 문제로 인하여 실제 원리금수취권매입형 구조에서는 대부업체가 투자자로부터 모은 대출 투자금을 사용하여 차입자와 대출계약을 체결하여 채권자로서 대출해주고 플랫폼업체는 중개만 해주는 형태로 이루어져 있다.

2. 대부업체의 부도 위험

이와 같은 구조에서는 플랫폼업체가 투자자의 투자금을 직접 보관하지 못하게 하고 제 3 자에게 예치 또는 신탁하게 한다고 하더라도, 실제로 투자자로부터 모집한 투자금은 대부분 대출금융도로 대부업체에게 이전되어 있고, 애당초 플랫폼업체는 대부업체에게 송금할 자금을 일시 보관하거나, 대부업체로부터 수령한 원리금을 투자자에게 분배하기 전까지 단기간 보관하는 것이 전부이기 때문에, 제 3 자에게 예치되어 있는 자금은 투자자의 전체 투자금의 극히 일부에 해당할 수밖에 없다. 따라서, 상기 개정안과 같이 플랫폼업체의 도산으로부터만 투자자의 투자금을 보호하는 접근 방식은 그 실효성에 제한이 있을 수밖에 없다.

즉, 영국이나 미국의 직접대출 방식에서는 플랫폼업체의 신용 위험만을 차단하는 것으로 충분할 수도 있지만, 원리금수취권매입형과 같은 간접대출중개방식에 있어서는 실제 대출계약을 체결하는 대부업체와 저축은행의 신용위험 또한 고려가 되어야만 하는 것이다.

또한, 대부업체도 투자자에게 지급해야 할 원리금이나 미투자금을 제 3기관에서 예치하게 강제한다고 하더라도 대부업체를 통해서 대출이 이루어진 이상 기존의 투자금은 대부분 대출채권으로 변경된 것이나 마찬가지로 지이기 때문에 대출채권에 대한 보호장치가 되어 있지 않으면 보호의 실효성이 약해질 수밖에 없다.

대출계약에 따른 대출채권은 일단 대부업체가 보유하고 있기 때문에, 대부업체가 파산하게 되면 대출채권은 파산한 대부업체의 일반채권자들을 위한 파산재단에 포함될 가능성이 높다. 따라서, 실질적으로 차입자에게 돈을 빌려주었고, 해당 대출채권에 대한 권리가 귀속되어야 하는 투자자로서는 대부업체의 파산으로 인해서 손실을 입을 수도 있는 것이다.

3. 대출채권의 양도 불가

이러한 대부업체의 파산 등의 도산으로부터 투자자의 위험을 격리시키기 위한 방안으로 우선 대부업체가 보유하고 있는 대출채권을 투자자에게 양도하는 것을 생각해볼 수 있다. 대출채권이 투자자에서 진정하게 양도될 경우 해당 대출채권은 대부업체의 도산으로부터 격리될 수 있기 때문이다.

그러나, 위와 같은 대출채권의 양도를 통한 도산격리는 몇 가지 문제점으로 인해서 가능하지 않다.

- ① 우선 대부업체가 대부계약에 따른 대출채권을 투자자에게 나누어 양도하는 경우, 이는 자본시장법상 증권의 발행 또는 매매의 중개로 성질 결정될 가능성이 있고, 이 경우 대부업체는 자본시장법에 따른

금융투자업 규제에 노출될 가능성이 있어서, 이러한 규제에서 요구하는 조건들을 감안하면 ⁷⁸¹ 일반적인 P2P 대출중개의 플랫폼업체나 대부업체가 이를 감내하며 대출채권을 양도하기는 어려울 것으로 판단된다.⁷⁸²

- ② 또한, 대출채권의 투자자로의 양도가 증권의 발행이나 중개에 해당하지 않는다고 가정하더라도, 대부업법에서는 미등록대부업자 등에 의한 과도한 추심을 막기 위하여, 대부업체가 대부계약에 따라 보유한 대출채권은 등록된 대부업자, 여신금융기관, 예금보험공사 및 정리공사 또는 한국자산관리공사 등 ⁷⁸³(이하 ‘적격 양수자’)에 해당하지 않는 자에게는 양도할 수 없다고 규정하고 있어서,⁷⁸⁴ 플랫폼업체나 투자자는 대부업법 제 9 조의 4 제 3 항과 시행령 제 6 조의 4 에

⁷⁸¹ 예컨대 자본시장법상 투자매매업이나 투자중개업을 영위하기 위해서 요구하는 자본금 요건 등이 있다.

⁷⁸² 대부업체뿐만이 아니라 플랫폼업체의 입장에서도 증권 매매의 중개로 성질 결정될 수 있다. 성희활, ‘P2P 대출형 크라우드펀딩’의 법적 성격과 자본시장법적 규제체계 수립에 관한 연구, in 추계학술대회 자료집 (2016). 22-23 면

⁷⁸³ 대부업법 시행령 제 6 조의 4

⁷⁸⁴ 대부업법 제 9 조의 4(미등록대부업자로부터의 채권양수·추심 금지 등) ① 대부업자는 제 3 조에 따른 대부업의 등록 또는 제 3 조의 2 에 따른 등록갱신을 하지 아니하고 사실상 대부업을 하는 자(이하 "미등록대부업자"라 한다)로부터 대부계약에 따른 채권을 양도받아 이를 추심하는 행위를 하여서는 아니 된다. <개정 2012.12.11.>

② 대부업자는 제 3 조에 따른 대부중개업의 등록 또는 제 3 조의 2 에 따른 등록갱신을 하지 아니하고 사실상 대부중개업을 하는 자(이하 "미등록대부중개업자"라 한다)로부터 대부중개를 받은 거래상대방에게 대부하여서는 아니 된다. <신설 2012.12.11.>

③ 대부업자 또는 여신금융기관은 제 3 조제 2 항제 2 호에 따라 등록된 대부업자, 여신금융기관 등 대통령령으로 정한 자가 아닌 자에게 대부계약에 따른 채권을 양도해서는 아니 된다. <신설 2015.7.24.>

서 열거한 적격 양수자에 해당하지 않으므로, 대부업체로부터 대출채권을 양수받을 수 없다.

4. 원리금의 매매

위와 같은 문제로 인해서, 원리금수취권매입형의 P2P 대출중개에서는 대부업체와 투자자 사이의 대출채권 매매는 이루어지지 않고, 대출채권의 유통화에서 자주 사용되는 론 파티시페이션(*loan participation*) 방식과 유사하게, 대출채권 자체는 대부업체에 남아있고, 투자자는 대부업체로부터 대출채권의 원리금을 수취하는 권리만을 매수하는 형식으로 거래가 이루어진다.⁷⁸⁵

이러한 원리금을 수취하는 권리를 일반적으로 원리금수취권이라 하고, 이러한 원리금수취권의 법적성격이 무엇이나에 대한 논란은 있으나,⁷⁸⁶ 원리금수취권의 법적성격과 상관없이 현재 P2P 대출중개업의 실무에서는 기존 대출채권은 대부업체에 잔존하는 것이고, 따로 이러한 대부업체가 보유한 대출채권을 플랫폼업체나 투자자에게 양도하는 것은 앞서 설명한 관련 규제의 제한으로 인해서 현실적으로 가능하지 않기 때문에, 현재의 원리금수취권매입형의 P2P 대출중개 구조에서는 투자자가 대부업체의 도산 위험에 노출될 수밖에 없다.

⁷⁸⁵ 대부업법 시행령 제 2 조의 4에서는 원리금수취권매입형의 P2P 대출중개에서의 투자자를 ‘대부채권으로부터 발생하는 원금과 이자의 수취만을 목적으로 하는 권리를 취득하려는 자’(이하 “자금제공자”라 한다)라고 정의하고 있다.

⁷⁸⁶ 원리금수취권의 성격에 대해서는 크게 지명채권, 증권 등의 논의가 있으며, 만약 원리금수취권이 자본시장법상 증권에 해당할 경우 다시 자본시장법에 따른 규제 적용의 문제가 발생한다. 이에 대한 자세한 논의로 성희환, *전계논문* 782. 28-33면

V. 묵시 의사신탁의 적용

1. 투자자 보호의 필요성

물론, 상기 리스크들에 대해서 현재의 구조에서 P2P 대출중개 서비스에 투자하는 투자자가 감내해야만 하는 리스크라는 의견이 있을 수도 있다. 그러나, 투자자가 이러한 리스크를 감내한다는 것은 이러한 리스크가 비용으로써 투자자의 기대 수익에 반영되는 것을 의미하고, 이는 곧 차입자가 부담하는 금리의 상승으로 이어지게 되며, 이 과정에서 투자자의 기대 수익과 차입자가 기대하는 금리 사이의 간극이 커지게 될 경우에는 관련 시장 자체의 성장이 정체되거나 후퇴할 가능성도 있다.

위와 같은 문제는 리스크를 차단하기 위한 비용이 과도한 경우에도 마찬가지로 발생할 수밖에 없다. 기존의 자본시장법의 방식과 마찬가지로 플랫폼업체와 대부업체에게 투자자의 투자금이나 대출채권을 적정한 다른 금융기관으로 예치 또는 신탁하라는 것은 안전을 위한 추가 비용을 발생시키는 것이고, 이러한 비용은 역시 차입자가 빌리는 금리에 반영될 수밖에 없다.

따라서, P2P 대출중개 서비스의 안정적인 발전과 투자자 보호를 위해서는 플랫폼업체와 동시에 대부업체의 도산으로부터도 투자자의 투자금과 대출채권이 보호되어야 하고, 이러한 보호가 가급적 적은 비용을 요하는 방식으로 이루어질수록 보다 긍정적인 결과를 기대할 수 있다.

2. 신탁의 효과

대부업체를 수탁자로 하는 신탁은 위와 같은 문제를 동시에 해결할 수 있는 수단이 될 수 있다.

우선 효과만을 생각해보면, p2p 업체를 위탁자로, 투자자를 수익자로, 대출채권을 신탁재산으로 하고, 대부업체를 수탁자로 하는 신탁이 성립될

경우, 신탁재산인 대출채권은 신탁의 도산 격리효과로 인해서 대부업체의 파산 상황에서도 대부업체의 일반 채권자들을 위한 파산재단에 산입될 가능성이 없어진다. 또한, 해당 P2P 대출중개 플랫폼업체에서 사전에 대부업체와 투자자의 관계에 대한 규정을 충분히 해놓지 않았다고 하더라도, 대부업체는 최소한 신탁법의 수탁자 의무 규정들에 따라서, 수익자인 투자자의 대출채권을 관리해야 하는 일정한 의무는 부담해야만 하게 된다. 이 경우 문제점은 대부업체가 신탁업을 영위하는 것으로 판단될 수 있어서, 신탁업법에 따른 규제的影响을 받게 된다는 점이다.

이와는 달리 차입자를 위탁자로 상정하여 대부업체 파산시에만 1 회성 신탁이 성립되는 것으로 인식하는 방법도 있으나 이 경우 대부업체가 차입자와 상관없이 보관하고 있는 투자자의 자산에 대한 보호가 불충분할 수 있으며, 단순히 채권-채무 관계에서의 채무자인 차입자가 투자자를 수익자로 인지하여 신탁을 설정하고자 하였다는 신탁 설정 의사를 인정하기는 어려운 점이 있다.

또한, 신탁은 비용 측면에서도 효율적이다. 제 3 자인 은행이나 신탁업자에게 예치 또는 신탁을 하기 위해서는 이에 대한 비용이 발생한다. 하지만, 대부업체 자신을 수탁자로 하는 경우에는 특별한 추가 비용이 발생하지 않게 된다.

3. 묵시적 의사신탁의 성립 요건 충족 여부

가. 원리금수취권매입형의 P2P 대출중개 구조

그렇다면, 원리금수취권매입형의 P2P 대출중개 구조에서 대부업체를 수탁자로 하는 신탁의 성립이 가능한 것인지 확인할 필요성이 있다. 대부

업체가 반복적으로 수탁자가 될 경우 이와 관련하여 신탁업에 대한 문제가 있을 수밖에 없으나 이에 대한 논의는 따로 하도록 한다.

우선, 영국의 CASS 와 마찬가지로 방식으로 플랫폼업체와 대부업체가 보관하는 모집 투자금을 신탁재산으로 하는 신탁의 성립을 법정 강제하는 방안도 검토할 수 있으나, 이는 대부업법의 개정이나 관련 법률의 입법을 필요로 하는 것이어서 당장 사용할 수는 없는 방법이다.

그렇다면, 법정 신탁이 아닌 당사자 의사에 의한 의사신탁의 설정이 가능한 것인지를 확인해보도록 하고, 이를 영국의 판단 요건과 한국의 신탁법 정의규정을 중심으로 순서대로 판단해보도록 한다.

상기 구조에서 투자자들로부터 모집한 투자금들은 플랫폼업체를 통해서 대부업체에게 이전되고, 이러한 모집 투자금을 사용하여 이루어진 대출의 채권은 형식적으로 대부업체가 소유하고 있으며, 대출채권에서 발생하는 수익인 대출채권의 원리금은 투자자에게 속하고, 대부업체는 투자자의 수익을 위해서 해당 모집 투자금과 대출채권을 관리해야 하는 의무가 있다. 이를 우선 영국 신탁의 요건들을 중심으로 의사신탁의 성립 여부를 확인하도록 한다.

나. 영국 신탁 요건의 충족 여부

(1) 신탁 설정행위의 존재와 형식 요건

모집 투자금은 이전이 가능한 재산이고, 이를 금지하는 법은 없다. 또한, 자금의 이전 시 강제되거나 요구되는 형식(formality)도 존재하지 않는다. 따라서, 이전이 가능한 재산인 모집한 투자금을 플랫폼업체를 통해서 대부업체에게 이전하는 것은 신탁재산의 이전에 해당하고 이는 적법한 신탁 설정행위에 해당한다.

(2) 3 가지 확정성 요건

(가) 신탁 설정 의사의 확정성

위와 같은 구조를 3 가지 확정성 요건을 중심으로 판단할 때, 우선 신탁 설정 의사의 확정성을 영국 판례들의 기준을 중심으로 판단하면 이하와 같다.

- ① 신탁이 아닌 다른 것인가? 투자자나 플랫폼업체가 대출채권이나 대출채권의 기반이 된 투자금을 대부업체에게 증여한 것은 아니며, 마찬가지로 대부업체가 투자자에게 지급하는 대출채권의 원리금은 증여도 아니고, 대부업체의 순수한 재량으로 이루어지는 단순한 호의에서 이루어지는 것도 아니다.
- ② 수동적인 보관인가? 대부업체는 당연히 투자자의 이익을 위해서 대출채권을 관리해야 하며, 이러한 관리가 단순히 보관만을 의미하는 것이거나, 투자자의 직접적인 관리 지시에 따라 이루어지는 수동적인 관리도 아니다.
- ③ 당사자 사이의 관계가 일상적인 신뢰를 바탕으로 한 것인가? 일반적으로 대부업체와 투자자는 사전에 어떤 친밀한 관계나 일상생활을 바탕으로 관계를 맺는 사이도 아니고, 건전한 일반인의 상식으로 투자자가 대부업체를 절대적으로 신뢰하여, 이에 대한 사전적인 규정이나 법의 개입이 필요없는 관계로는 생각할 수 없다.

따라서, 당사자가 명시적으로 본 거래의 의사가 신탁을 설정하는 것이 아님을 명시적으로 표시하지 않았다면, 본 거래 당사자들의 의사는 신탁을 설정하고자 하였던 것으로 판단할 수 있으며, 상기 구조의 거래와 관련한 문서에서 ‘신탁’이라는 용어를 사용할 필요는 없으며, 만약 문서의 내용만으로 신탁 설정 의사를 확인할 수 없다고 하더라도, 당사자들의

거래와 계약의 취지와 이후의 거래의 양상과 당사자들의 행위를 통해서도 신탁 설정 의사를 확인할 수 있다.

(나) 신탁재산의 확정성

본 구조에서 신탁재산에 해당할 수 있는 것은 우선 투자자로부터 모집된 투자금이고, 신탁재산을 관리, 운용하여 수탁자가 얻은 재산은 신탁재산에 속하기 때문에, 수탁자인 대부업체가 모집된 투자금을 운용하여 얻은 대출채권과 원리금도 모두 신탁재산에 해당(이하 ‘해당 신탁재산’)한다.

- ① 신탁을 목적으로 하는 재산이 존재하는가? 해당 신탁재산은 모두 그 실질에 있어 투자자의 이익을 위해서 관리되어야 하고 그 이익이 투자자에게 귀속되어야 하는 것은 상기 거래의 구조상 명확하다 할 것이다.
- ② 신탁재산의 인식가능성 또한, 투자자로부터 플랫폼업체를 거쳐서 수탁자인 대부업체에게 전달된 투자금은 그 자금의 이전이 현금 전달로 이루어지 않는 이상 계좌이체 기록 등을 통해서 명확하게 인식(identify)하고 구별될 수 있고, 이러한 신탁재산을 운용하여 얻은 대출채권과 원리금의 경우 대부업법 제 6 조 등에서 요구하는 대부계약서와 같은 절차 요건 등을 통해서 명확히 인식 가능하다.
- ③ 신탁재산의 분별관리 남은 중요한 문제는 신탁재산이 분별관리되어 수탁자의 고유재산으로부터 분리되어 인식되는가의 문제이다. 대출채권의 경우에는 대출채권의 특성 상 차입자 등이 명시되어 있어서 수탁자인 대부업체의 고유재산과 혼동될 가능성은 많지 않다. 그러나, 전달된 모집 투자금과 미지급된 원리금의 경우에는 대부업체의 고유계좌와 분리된 다른 계좌에서 분별관리되지 않는 경우에는 법원과 대부업체의 일반채권자의 입장에서는 ‘충

분히 분별관리되어 신탁재산으로 인식될 수 있는 정도'로 인식되지 않을 가능성이 높다. 그러나, 실무적으로는 원리금수취권매입형의 P2P 대출중개 구조의 대부업체는 일반 대부업체와는 달리 실제 대출중개 및 관련 업무는 모회사인 플랫폼업체에서 이루어지는 SPC 에 가까운 형태로 구성되어 있는 경우가 대부분이기 때문에, 대부업체 자체의 고유자산은 대부업법에서 요구하는 자기자본 수준에 그칠 가능성이 높고, 투자금이 아닌 자기 자본을 따로 조달해서 자신을 실질 대주로 하는 대출채권을 일으킬 가능성도 높지 않다. 따라서, 모집 투자금과 미지급된 원리금이 대부업체의 고유자산과 혼동을 일으킬 가능성도 높지 않다.

그러므로, 상기 거래 구조에서 수탁자인 대부업체가 보관, 운용하는 신탁재산은 명확하게 인식되고, 분별관리되어 확정할 수 있다고 할 것이다.

(다) 신탁 목적의 확정성

일반적으로 신탁 목적의 확정성은, 해당 신탁의 수익자 그리고, 수익자가 없는 경우에는 목적의 확정이 가능한가의 문제이다. 본 거래 구조에서는 투자자가 수익자인 것을 쉽게 확인할 수 있고, 특정 대출채권에 약정 투자를 한 투자자를 다른 사람으로부터 구별하는 것도 용이하기 때문에 신탁 목적의 확정성 요건은 비교적 쉽게 인정될 수 있다 할 것이다.

(3) 소 결

앞서 설명하였듯이 CASS 는 P2P 대출중개업에 대해서 법정 신탁(statutory trust)을 강제하고 있다. 그러나, 그러한 강제신탁 규정이 없다고 하더라도, 우리나라의 원리금수취권매입형의 P2P 대출중개 구조를 영국 신탁의 3 가지 확정성 요건에 따라 검토할 경우, 분명한 의사신탁

의 설정으로 인식될 가능성이 높고, 만약 계약서 등의 관련 문서에 상기 구조에 대한 명확한 설명이 없다고 하더라도, 위와 같은 거래 구조가 실제로 반복적으로 이루어지고 있다면, 이는 묵시적 의사신탁의 성립으로 인정될 가능성이 높다.

다. 우리 신탁법상 신탁 성립 여부

우리 신탁법 제 3 조 제 1 항 제 1 호는 위탁자와 수탁자 간의 계약을 통한 신탁의 설정행위를 인정하고 있고, 원리금수취권매입형의 P2P 대출중개 구조에서는 필연적으로 약관 등의 형태를 통해서 투자자와 플랫폼업체 그리고, 대부업체간의 계약이 존재하게 되기 때문에, 신탁 설정행위가 존재하는 것으로 인식될 수 있다.⁷⁸⁷

따라서, 묵시적 의사신탁의 성립을 인정한다고 가정할 경우에는, 상기 계약을 통한 신탁 설정으로 인정될 수 있을 것이다.

第 5 節 소결: 묵시 의사신탁과 금융 소비자 보호

I. 신중 거래에 대한 적용: 가상통화거래소

위에서 살펴본 P2P 대출중개에서의 논의는 ① 투자자가 투자 자금이나 재산을 금융 서비스업자에게 이전하고, ② 그러한 자금을 이전 받은 업자가 자신의 전문성이나 경험을 이용하여 대상 재산을 일정 재량을 가지고 관리하며, ③ 이로 인한 높은 수준의 위험이 투자자가 맡긴 재산에 발생하는 거의 대부분의 금융서비스에 적용될 수 있다.

⁷⁸⁷ 나머지 요건에 대한 논의는 위의 내용과 동일하다.

그러나, 앞선 P2P 대출중개 사례의 경우에는 대부업의 특성상 대상 투자금이 분별관리되고 있을 가능성이 높아서, 앞서 논의한 묵시 의사신탁의 성립을 위한 요건들이 충족될 가능성이 높았으나, 대상 투자금이 분별관리되지 않고 있는 금융서비스에 대해서는 묵시 의사신탁이 성립될 가능성이 높지 않다.

특히 최근 전세계적으로 문제가 되고 있는 가상통화 거래소의 경우에는 관련 규제가 없는 경우 자발적인 분별관리를 기대하기가 더 어려울 수밖에 없다.

가상통화는 새로운 금융 기술에 해당하는 것으로 볼 수 있지만, 가상통화 거래소 자체는 기존의 금거래소와 같은 전통적인 거래소와 거의 같은 기능을 한다. 투자자의 투자금을 예탁받아 가상통화의 매매, 중개, 또는 교환을 하고, 투자자의 예탁금이나 투자자가 매수한 가상통화를 관리하는 것을 업으로 하는 것이다.⁷⁸⁸ 이 과정에서 가상통화를 재산으로 볼 수 있는지, 볼 수 있다면, 대체가능 재산으로 볼 것인지 대체불가능 재산으로 볼 것인지에 대한 논의는 있을 수 있으나, 논의의 결과와 상관없이 최근 파산한 MTGOX 사례에서 볼 수 있듯이 전체 투자자와 채권자에 대한 채무보다 보유하고 있는 재산이나 가상통화가 턱없이 부족한 상황에서 예탁 투자금이나 각 고객이 구매한 가상통화가 분별관리되고 있지 않다면, 앞에서 살펴본 Re Goldcorp⁷⁸⁹ 사례와 같이 투자자들의 분별

⁷⁸⁸ 일본 개정 자금결제법 2조 7항

이 법에서 「가상통화 교환업」이라 함은 다음의 행위 중 하나를 업으로 행하는 것을 말한다.

1. 가상통화의 매매 또는 다른 가상통화와의 교환
2. 전호의 행위의 매개, 중개 또는 대리
3. 전 2호에서 열거된 행위와 관련하여 이용자의 금전 또는 가상통화를 관리하는 것

⁷⁸⁹ Re Goldcorp [1995] 1 AC 74

관리되지 않은 투자금이나 가상 화폐에 대한 신탁이 인정될 가능성은 거의 없다.

따라서, 새로운 금융 서비스에서의 묵시 의사신탁을 활용한 투자자 보호가 활성화되기 위해서는 예탁된 투자자금의 분별관리에 대한 규정에 대한 논의가 추가적으로 필요할 것이다.

II. 묵시 의사신탁의 가능성과 향후의 논의

우리 신탁법의 규정과 기존의 판례의 해석에 따를 경우 신탁 설정 의사가 묵시적으로 표현된 의사신탁의 성립이 명확하게 금지된다고 볼 수는 없을 것이다.

또한, 현재의 우리 신탁법에 따른 의사신탁의 요건을 적용하는 것만으로도 부동산에 대한 묵시 의사신탁으로 인해서 제 3 자가 불측의 손실을 입는 경우는 상정하기 어렵고, 금원에 대한 신탁의 경우에도 제 3 자인 일반 채권자에게 불측의 손해가 발생할 여지는 많지 않다.

신탁 설정의사의 객관적 지표를 적용할 경우 가족안의 거래나 일상적인 거래에 있어서 묵시 의사신탁의 성립이 문제가 될 가능성은 높지 않다. 그렇다면, 묵시 의사신탁의 성립이 크게 문제가 되는 영역은 금융투자업자와 금융소비자의 관계일 가능성이 높으며, 이는 금융소비자 보호 문제와 연결된다.

금융시장의 안정적인 발전을 위해서는 기본적인 전제로 금융 소비자에 대한 보호가 이루어져야 하고, 이러한 보호에 있어서 가장 중요한 것은 금융투자업자의 도산으로부터 투자재산을 격리시키는 것이다.

투자재산의 도산격리는 물론 앞서 살펴본 제네바 증권협약 등과 같이 협약의 가입이나 입법 등을 통해서 해결할 수도 있으나, 만약 입법의 어려움이 있거나, 입법만으로 예상하지 못한 새로운 시장에 대해서는 묵시 의사신탁의 성립을 인정함으로써 대응할 수 있는 가능성이 있고, 이에 대한 실무적인 관심이 필요하다.

第七章 結 論

살펴보았듯이 우리법에서는 당사자의 설정 의사와 관계없이 법원에 의해서 부가되는 의제신탁은 인정될 수 없다. 그러나, 신탁 설정 의사가 명시적으로 표시되지 않은 묵시 의사신탁은 성립될 수 있다.

이때 묵시 신탁과 관련한 중요한 2 가지 문제는 묵시 신탁이 다른 법률관계와 경합하는 경우 묵시 신탁의 성립을 인정해야만 할 신탁만의 고유한 기능이나 제도적 의의가 있는지 여부와, 그러한 필요성이 인정된다고 할 때 어떠한 요건을 기준으로 묵시 신탁을 확인하여야 하는가의 문제이다. 실은 이 두 가지 문제는 상호 연결되어 있다. 신탁이 필요한 상황과 신탁만의 고유한 효과는 신탁의 본질과 연결되어 있고, 묵시 신탁을 확인하는 중요한 기준은 해당 법률관계가 신탁의 본질을 갖추고 있는지 여부이기 때문이다.

신탁의 제도적 의의는 신탁 법률관계의 구조와 상황에서 기인한다. 신탁 법률관계에서 대상 재산은 수탁자에게 이전되어 있고, 수익자의 손익은 수탁자의 재량에 맡겨져 있으며, 수익자가 구조적으로 수탁자가 의무위반을 적발, 감독할 수 있는 방법은 한정되어 있다. 이는 수익자의 보호 필요성이 큰 신인관계에 해당한다. 이 때 신탁의 고유한 효과인 충실의무는 신탁 관계의 대리인 비용을 낮추고, 신탁 재산의 독립성은 대리인 비용의 감시 비용과 거래 비용을 낮추는 효과가 있다. 이는 다른 재산 관리 제도와 비교하여 신탁만이 가지는 이점이자 제도적 의의라 할 수 있을 것이다. 다만, 신탁 재산의 독립성은 수익자의 위험을 제 3자인 일반채권자에게 전가하는 문제가 있을 수 있어서, 객관적인 신탁 성립요건의 중요성이 강조될 수밖에 없다.

법률행위가 성립하기 위해서는 법률행위의 당사자, 법률행위의 목적, 법률행위를 하는 의사가 갖추어져야 하고, 법률행위의 중요한 내용이 확

정되어야 한다. 우리 신탁법상의 신탁의 성립요건에 해당하는 중요한 내용의 확정 검토에 있어서 영미 신탁의 신탁 설정 의사, 신탁 재산, 신탁 목적의 확정 요건을 참조할 필요가 있다. 이때 신탁 재산과 신탁 목적의 확정 요건은 우리 신탁법의 조문과 기존 민법 법률행위 해석에 관한 판례들을 통해서도 충분히 받아들이고 적용할 수 있다. 그러나, 신탁 설정 의사의 확정의 경우 ‘신탁을 설정하고자 하는 의사’를 정의하기가 어렵기 때문에, 당사자의 법률행위에서 법원이 이를 확인하는 것은 쉽지 않은 일이다.

특히 신탁의 성립을 확인하기 위해서는 명시적으로 표시된 신탁 설정 의사를 확인할 수 있어야 한다. 그리고, 이러한 신탁 설정 의사는 외부적/객관적으로 나타난 신탁 재산과 신탁 목적을 통해서 확인할 수 있어야 한다. 우선 신탁의 고유한 특징은 신탁 재산이 수탁자에게 이전되어 있고, 수탁자의 고유 재산으로부터 분별 관리되고 있어야 한다는 점이다. 이러한 분별 관리는 신탁 설정 의사의 추정의 중요한 지표가 될 수 있다. 이때 주의할 점은 분별 관리의 구체적인 내용이다. 우리 신탁법 또한 제 3 자에 대한 대항요건으로 외부적/표시적 분별 관리를 명시하고 있으나, 신탁의 성립 여부 확인에서 신탁 설정 의사의 추정을 위한 요건은 단순한 외부적/표시적 분별 관리가 아니라, 수탁자의 고유 재산뿐만이 아니라 고유 사무로부터 분리되어 있을 것을 요구한다 할 것이다.

그러나, 신탁 재산의 분별 관리 여부만으로 신탁 설정 의사를 확인할 수는 없다. 대체불가 동산이나 금전 같은 경우는 소비임치나 위임에 있어서도 외부적으로는 분별 관리되는 것으로 보일 수 있기 때문이다. 따라서, 앞서 설명하였던 신탁의 고유한 성립 효과이자 본질인 신인관계를 바탕으로 한 신인의무의 존재와 수익자의 물권적 이익의 존재 여부의 확인을 통해서 신탁 설정 의사를 확인하여야만 할 것이다.

마지막으로 검토해야할 점은 이러한 목시 신탁의 성립을 통한 비용(문제점)과 이점의 비교이다. 목시 신탁의 성립에 대한 가장 큰 우려는 무분별한 성립으로 인한 제 3자인 일반채권자의 손해 발생과 관련되어 있다. 그러나, 우리 신탁법은 제 4 조에서 제 3 자에 대한 보호를 명시하고 있다. 따라서, 실제 사례에서 목시 신탁의 성립 여부가 문제가 될 수 있는 경우는 금전 등의 대체 가능 재산이 분별 관리되어 있는 경우뿐이고, 이때 앞서 설명한 신탁 설정 의사의 객관적 확인까지 적용할 경우에는 제 3 자가 불측의 손해를 입을 경우는 우려보다는 많지 않을 것으로 생각된다.

또한, 목시 신탁은 금융 소비자 보호에서 분명한 이점이 있다. 금융 소비자는 많은 경우 ‘보호 필요성이 큰 신인관계’의 수익자일 가능성이 높다. 따라서, 신종 금융서비스에 대한 규제의 시차로 인해서 법률과 규정이 완비되어 있지 못하더라도, 신탁의 실질을 충족시킨 금융 서비스는 목시 신탁에 해당하여 신탁의 성립이 인정되고 이를 통해 금융 소비자를 보호해줄 수 있다.

본 연구는 우리 신탁법에서 부족하거나, 논의가 충분히 이루어지지 않은 부분에 대해서 적지 않은 부분 영미의 주요 판례와 논의를 참조하여 검토를 진행하였다. 가급적 우리법에서 받아들일 수 있는 내용들만을 중심으로 논의를 진행하였다고는 하지만, 근본적인 법 체계의 차이는 존재하기 때문에, 본 연구의 결과를 실무적/구체적으로 적용, 검증하기 위해서는 실무와 법원에서의 시행착오를 거친 경험의 축적이 필요할 것으로 생각된다.

우리법에서는 사채원리금 지급대행 사건을 통해서 신탁의 성립에 대한 논의가 촉발되었다면, 일본의 경우에는 비슷한 시기의 공사 전도금 사건을 통해서 논의가 촉발되었다. 하지만, 현재 두 나라에서 신탁의 성립과

묵시 신탁에 대한 실무와 학계의 논의의 수준과 양은 현격히 차이가 나고 있다. 이러한 결과에는 여러가지 이유가 있겠지만, 적지않은 부분은 단발적인 해결이 아닌, 장기적으로 신탁을 기존 법체계의 내부로 끌어들이기 위해서 노력한 일본 법원의 접근 방법에서 기인한 것으로 생각된다.

우리법 또한, 신탁의 본격적인 활용을 위해서는 신탁의 성립 범위와 요건에 대한 논의가 활성화되어야만 한다. 본 연구가 이러한 논의에 대해서 검증된 답은 제시하지 못하더라도, 차후 이루어질 논의를 위한 참고자료가 될 수 있기를 희망한다.

참고 문헌

국내저서

- 곽윤직, 물권법 (박영사, 2008)
- 곽윤직, 김재형, 민법총칙: 민법강의 I, 9th edn ((주)박영사, 2013)
- 김상용, ed., 신탁법 해설 (법무부, 2012)
- 송덕수, 신민법강의, 7 판 (박영사, 2014)
- 송옥렬, 상법강의, 9 판 (홍문사, 2019)
- 양명조, 미국계약법, (법문사, 1996)
- 양창수, 김재형, 계약법, 2 판 (박영사, 2015)
- 이중기, 신탁법 (삼우사, 2007)
- 이재욱, 이상호, 신탁법 해설 (한국사법행정학회, 2000)
- 이호정, 영국계약법 (경문사, 2003)
- 정순섭, 은행법, 1st edn (지원출판사, 2017)
- 지원림, 민법원론 (홍문사, 2017)
- 최수정, 신탁법 ((주)박영사, 2016)

국내논문

- 김병연, 이사의 충실의무와 영미법상 신인의무, 상사법연구, 제 24 권 3 호(2005) 61-82
- 김상용, 일반법률행위의 해석에 관한 비교 고찰, 법학연구, 제 11 권 1 호,(2001) 93-121
- 김상중, ‘영국의 Restitution for Wrongs 와 위법이익의 반환 -우리 부당 이득법의 수용 여부와 손해배상법의 발전방향에 대한 시사점’, 민사법학, 78 (2017), 325-67
- 김서기, 계약해석에 관한 한국의 판례 법리에 대한 비교법적 고찰, 법학논총, 제 39 권 1 호(2015) 149-172

- 김영도, ‘국내 신탁서비스의 활성화를 위한 정책방향’, 금융브리프, 27 (2018), 3
- 김재형, ‘法律行爲 內容의 確定과 그 基準’, 서울대학교 法學, 41 (2000), 241-57
- 김태진, 기업형태로서의 신탁 - 사업신탁, 수익증권발행신탁 및 유한책임신탁을 중심으로 -, 법학논총 제 31 집 제 2 호, 전남대학교 법학연구소, 2011. 8.
- , 사해신탁취소권에 관한 개정 신탁법의 해석과 재구성, 선진상사법률연구 통권 제 59 호, 법무부, 2012. 7.
- 남효순, ‘법률행위의 해석의 쟁점 -법률행위해석의 본질 및 방법에 관하여-’, 서울대학교 法學, 41 (2000), 146-71
- 노혁준, ‘수탁자 의무위반 행위의 사법적 효력과 수익자 취소권’, 증권법연구, 17 (2016), 49-92
- , ‘주식회사와 신탁에 관한 비교 고찰 - 재산분리 기능을 중심으로’, 증권법연구, 14 (2013), 627-58
- 문형배, '토지신탁상 수탁자의 손해배상의무와 보상청구권', 판례연구 제 19 집, 부산판례연구회, (2008)
- 류근관, ‘파산절차에 관한 경제학적 분석’, KDI 정책연구, I, II (2001)
- 박상우, ‘신탁등기의 실무’, BFL, 62 (2013)
- 박철영, ‘제네바증권협약의 제정과 국내 증권법의 과제’, 증권법연구, 11(1) (2010), 305-54
- 서병호, 이순호, P2P 대출중개에 관한 제도적 개선방안
- 서승환, 이지은, 디지털사회 법제연구(III) - P2P 대출 규제체계 구축을 위한 비교법제 연구, 글로벌법제전략연구, 2017
- 서종희, 미국 부당이득법의 과거와 현재 -제 1 차 Restatement 부터 제 3 차 Restatement 까지-, 36 일감법학

- , ‘영미 부당이득법상의 이득토출 (Disgorgement of Profits)책임
— 위법행위를 이유로 한 원상회복(Restitution for Wrongs)을 중
심으로 —’, 서울법학, 24 (2016), 145-81
- 서희석, ‘은행의 착오로 인한 자금이체의 효력 - 대법원 2012.10.25. 선
고 2010 다 47117 판결’, 민사법학, 64, 275-319
- , ‘지급인의 착오로 인한 자금이체의 효력 - 착오이체의 법률관계
에 관한 판례법리의 전개’, 비교사법, 20 (2013)
- 성희환, “P2P 대출형 크라우드펀딩”의 법적 성격과 자본시장법적 규제
체계 수립에 관한 연구’, in 추계학술대회 자료집 (한국기업법학회,
2016)
- 송덕수, 법률행위(法律行爲)의 해석(解釋)과 표의자(表意者)의 효과의사
(效果意思), 법학논집, 제 6 권 1 호(2001) 451-480
- 송영민, ‘신인의무 법리에 관한 고찰’, 홍익법학, 15 (2014), 231-53
- , 신인의무 법리에 관한 고찰, 홍익법학, 제 15 권 3 호(2014) 231-
253
- 신영수, 윤소영, 부동산신탁의 쟁점, 62 BFL.
- 안성포, ‘신탁재산의 권리주체성에 관한 소고 - 신탁법상 신탁재산의 독
립성에 관한 규정을 중심으로’, 법학연구, 39 (2013)
- 오영걸, 신탁법 강의(미간행자료), 2011
- , ‘擬制信託(Constructive Trusts)의 理解’, 비교사법, 18 (2011),
1263-1308
- 오영준, ‘송금의뢰인의 착오송금시 수취은행의 수취인에 대한 상계의 가
부 -대상판결: 2010. 5. 27. 선고 2007 다 66088 판결-’, BFL, 43
- 오원석, 박세훈, 국제대금결제에서의 신용위험 대처방안에 관한 연구: 국
제팩토링 포페이팅을 중심으로’, 한국무역상무학회지 제 39 권,
2008 년 8 월, (2008), 143~175
- 윤진수, 담보신탁의 도산절연론 비판, 25 비교사법 (2018)
- 윤태영, ‘신탁수탁자의 선관주의의무’, 비교사법, 22 (2015)

- 이계정, 담보신탁과 분양보증신탁에 관한 연구, 사법 41, (2017)
- , ‘부당이득에 있어서 이득토출책임의 법리와 그 시사점 -반환범위에 있어 손해중심에서 이득중심으로의 전환’, 저스티스, 169 (2018), 37-87
- , ‘신탁의 기본 법리에 관한 연구 -본질과 독립재산성’ (서울대학교, 2016)
- , ‘신탁의 수익권의 성질에 관한 연구’, 민사법학, 77 (2016)
- , ‘형평법상 추급권과 신탁의 법리’, 저스티스, 157 (2016)
- 이근영, ‘신탁법상 신탁행위와 신탁재산의 공시방법’, 토지법학, 29
- 이승우, 법률행위 해석, 민사법연구, 제 10 권 1 호, (2002) 199-226
- 이연갑, ‘개정신탁법상수탁자의권한과의무, 책임’, BFL, 62 (2013)
- , ‘수탁자의 보상청구권과 충실의무’, 민사판례연구, 30 (2008)
- , ‘신탁법상 신탁의 구조와 수익자 보호에 관한 비교법적 연구’ (서울대학교, 2009)
- , ‘위임과 신탁: 수임인과 수탁자의 의무를 중심으로’, 비교사법, 22 (2015), 23-50
- 이운영, 영미 수출팩토링 제도에 관한 연구. 통상정보연구, 14(1), (2012)
- 이은재, ‘신탁과 도산’, 기업법연구, 30 (2016), 97-125
- 이중기, ‘분별관리의무위반으로 인한 신탁금전의 혼화— 혼화금전의 처분, 금전처분에 대한 수익자취소권의 행사 및 수탁자 파산시 환취권의 행사가능성’, 홍익법학, 9 (2008)
- 이지민, ‘민법상 대리인과 수임인의 신인의무’, 법학논총, 35 (2015), 51-79
- 이진기, ‘제 3 자를 위한 계약의 재인식을 위한 시론’. 민사법학, (71) (2015) 365-400
- 이혜리, ‘미국법상 기회주의적 계약위반에 대한 토출 책임’, 비교사법, 21 (2014), 673-704

- , ‘미국법상 의제신탁의 의미 - 제 3 차 부당이득법 리스테이트먼트를 중심으로 -’, 성균관법학, 27 (2016)
- 임정하, ‘착오송금의 분쟁해결지원과 관련 법리의 재검토 -예금자보호법 개정안을 중심으로-’, 은행법연구, 12, 3-28
- 임채웅, ‘도산격리의 연구’, 민사소송, 12(1)
- , ‘黙示信託과 擬制信託의 研究 - 評석대상 판결 대법원 2002. 7. 26. 선고 2000 다 17070 판결’, 저스티스, 2008, 277-302
- , 受動信託 및 受託者의 權限制限에 관한 研究, 614 법조
- 정순섭, ‘社債元利金 支給代行契約의 法的 性質論’, 증권법연구, 5 (2004), 317-50
- 최수정, ‘민법상 금전의 개념과 금전채권의 특징’, 비교사법, 10
- , ‘수익자취소권 재고’, 법조, 693 (2015)
- 최은순, ‘예금채권에 대한 신탁법의 적용과 문제점 - 민사신탁의 기반확대를 위한 관점에서’, 비교사법, 1, 35-67
- 최준규, ‘금전의 이동(移動)과 물권적청구권 - 가치 소유권 및 의제신탁으로부터의 시사 -’, 법조, 638
- 함대영, ‘신탁형 자산유동화에서의 전정양도 판단’, 44 BFL (2010)
- 홍일표, ‘판례의 형성과 구속력의 범위’, 일감법학 제 12 호, (2007)

외국저서

- BAKER, JOHN, INTRODUCTION TO ENGLISH LEGAL HISTORY, FIFTH (OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2019)
- CALALMARI, JOHN D., AND JOSEPH M. PERILLO, THE LAW OF CONTRACTS, 4TH EDN (WEST GROUP, 1998)
- COOTER, ROBERT, AND THOMAS ULEN, LAW & ECONOMICS, SIXTH (ADDISON-WESLEY, 2010)

- DUKEMINIER, JESSE, AND ROBERT H. SITKOFF, WILLS, TRUSTS AND ESTATES, 9TH EDN (WOLTERS KLUWER LAW & BUSINESS, 2013)
- EASTERBROOK, FRANK H., AND DANIEL R. FISCHER, THE ECONOMIC STRUCTURE OF CORPORATE LAW (HARVARD UNIVERSITY PRESS, 1991)
- FINN, PAUL, FIDUCIARY OBLIGATIONS : 40TH ANNIVERSARY REPUBLICATION WITH ADDITIONAL ESSAYS (THE FEDERATION PRESS, 2016)
- FRANKEL, TAMAR, FIDUCIARY LAW (OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2011)
- FURMSTON, MICHAEL, CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON'S LAW OF CONTRACT, 15TH EDN (OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2006)
- GARDNER, SIMON, AN INTRODUCTION TO THE LAW OF TRUSTS, THIRD (OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2011)
- GARTON, JONATHAN, GRAHAM MOFFAT, GERRY BEAN, AND REBECCA PROBERT, MOFFAT'S TRUSTS LAW TEXT AND MATERIALS, SIXTH EDIT (CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, 2015)
- HAYTON, DAVID, PAUL MATTEWS, AND CHARLES MITCHELL, UNDERHILL AND HAYTON: LAW OF TRUSTS AND TRUSTEES, 19TH EDN (LEXISNEXIS UK, 2016)
- HUDSON, ALASTAIR, EQUITY AND TRUSTS, 9 EDITION (ROUTLEDGE, 2016)
- , GREAT DEBATES IN EQUITY AND TRUSTS (MACMILLAN EDUCATION, 2014)
- KEETON, GEORGE WILLIAMS, AND L.A. SHERIDAN, LAW OF TRUSTS, 12TH EDN (BARRY ROSE LAW PUBLISHERS LTD, 1993)
- KIM LEWINSON, Q.C, THE INTERPRETATION OF CONTRACTS, THIRD (SWEET & MAXWELL LODON, 2004)
- LAU, M. W., THE ECONOMIC STRUCTURE OF TRUSTS (OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2011)

- LUPOI, MAURIZIO, TRUSTS A COMPARATIVE STUDY (CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, 2000)
- McFARLANE, BEN, AND CHARLES MITCHELL, HAYTON & MARSHALL: COMMENTARY & CASES ON THE LAW OF TRUSTS & EQUITABLE REMEDIES, 14TH, KINDLE EDN (SWEET & MAXWELL, 2015)
- OAKLEY, A J, CONSTRUCTIVE TRUSTS, 3RD EDN, 1997
- PETTIT, PHILIP H., EQUITY AND THE LAW OF TRUSTS, 10TH EDN (OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2006)
- QUE ANH HA, THE RECEPTION OF TRUST IN DIFFERENT LEGAL SYSTEMS: SOME LESSONS FOR VI-ETNAM A COMPARATIVE STUDY (VERLAG DR. KOVAC, 2008)
- RENNIE, ROBERT, STEWART BRYMER, DAVID CABRELLI, JOHN MOWBRAY QC, LYNTON TUCKER, NICHOLAS LE POIDEVIN, AND OTHERS, LEWIN ON TRUSTS, 18TH EDN (SWEET & MAXWELL, 2006)
- SMITH, LIONEL D., THE LAW OF TRACING (CLARENDON PRESS, 1997)
- , THE WORLDS OF THE TRUST, ED. BY LIONEL D. SMITH (CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, 2013)
- TEEVEN, KEVIN M. A HISTORY OF THE ANGLO-AMERICAN COMMON LAW OF CONTRACT, GREENWOOD PRESS, 1990
- THOMAS, GERAINT, AND ALASTAIR HUDSON, THE LAW OF TRUSTS, 2ND EDN (OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2010)
- WHEELER, SALLY, AND JO SHAW, CONTRACT LAW CASES, MATERIALS AND COMMENTARY (OXFORD UNIVERSITY PRESS, 1994)
- WORTHINGTON, SARAH, EQUITY, 2ND EDN (OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2006)
- WRIGHT, DANAYA C., TRITT, LEE-FORD, STALLWOOD-KENDAL, PATRICIA, THE LAW OF SUCCESSION: WILLS, TRUSTS, AND ESTATES, FOUNDATION PRESS, 2013

四宮和夫, 信託法, 新版 (有斐閣, 1989)

大村敦志, 沖野虞巳, 角紀代恵, 加毛明, 佐伯仁志, 佐久間毅, AND OTHERS,
 条解 信託法, ED. BY 道垣内弘人 (弘文堂, 2017)

新井 誠, 信託法, 第 4 版 (有斐閣, 2014)

——, 信託法実務判例研究, (有斐閣, 2015)

——, 新信託の基礎と運用, (日本評論社, 2007)

中野正俊, 信託法判例研究 (酒井書店, 2005)

道垣内弘人, 信託法, (有斐閣, 2017)

星野 豊, 信託法理論の形成と応用 (信出版社出版株式会社, 2004)

橋谷聡一, 受託者の善管注意義務・忠実義務の再構成 (日本評論社, 2016)

海原文雄, 英米信託法概論 (有信堂, 1998)

神田秀樹, AND 折原 誠, 信託法講義 (弘文堂, 2014)

能見善久, AND 道垣内弘人, EDS., 信託法セミナー (1) 信託の設定・信託財
 産 (有斐閣, 2013)

水野紀子, 信託の理論と現代的展開, (商事法務, 2014)

외국논문

Abdullah, Mohammad, ‘Waqf versus Implied Trust: A Comparison of
 Form and Substance’, *Trusts & Trustees*, 22, 336–44

Austin, R. P., ‘Moulding the Content of Fiduciary Duties’, in *Trends in
 Contemporary Trust Law*, ed. by A J Oakley (Oxford University
 Press, 1996), pp. 153–76

Birks, Peter, ‘Definition and Division: A Meditation on Institutes 3.13’
 in Peter Birks (ed), *The Classification of Obligations*, Oxford
 University Press, 1997,

- Bloom, Ira Mark, 'The Remarkable Power of Appointment Device: Planning and Drafting Considerations', in Mortimer H. Hess Memorial Lecture New York City Bar Association May 22, 2012, 2012
- Brudney, Victor, Contract and Fiduciary Duty in Corporate Law, BOSTON COLLEGE LAW REVIEW, 38(4), 595–665, 1997
- Chambers, Robert, 'Liability', in BREACH OF TRUST (Peter Birks & Arianna Pretto eds., 2002).
- Cooter, Robert, and Bradley J. Freedman, 'The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences', N.Y.U. L. Rev., 66 (1991), 1045–75
- Costigan, George P., and Jr., 'The Date and Authorship of the Statute of Frauds', Harvard Law Review, 26 (1913), 329
- Eisenberg, Melvin Aron, THE STRUCTURE OF CORPORATION LAW, 89 Colum. L. Rev. 1461, 1989
- Fischel, Frank H. Easterbrook Daniel R., 'Contract and Fiduciary Duty', The Journal of Law & Economics, 36 (1993), 425–46
- Frankel, Tamar, 'Watering Down Fiduciary Duties', in PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF FIDUCIARY LAW 242–260 (Andrew S. Gold & Paul B. Miller eds., 2014)
- Gallanis, Thomas P., 'The Contribution of Fiduciary Law', in The Worlds of the Trust, ed. by Lionel Smith (Cambridge University Press, 2013), pp. 388–405
- Getzler, Joshua, 'Duty of Care', in BREACH OF TRUST, ed. by Peter Birks and Arianna Pretto (Hart Publishing Ltd, 2002), pp. 41–74
- Graziadei, Michele, 'Virtue and Utility: Fiduciary Law in Civil Law and Common Law Jurisdictions', in PHILOSOPHICAL

- FOUNDATIONS OF FIDUCIARY LAW 287–301 (Andrew S. Gold & Paul B. Miller eds., 2014).
- Hansmann, Henry, and Reinier Kraakman, ‘The Essential Role of Organizational Law’, *The Yale Law Journal*, 110 (2000), 387–440
- Hayton, David, ‘Unique Rules for the Unique Institution, the Trust’, in *Constructive and Resulting Trusts*, ed. by Charles Mitchell (Hart Publishing, 2010)
- Jensen, Darryn, ‘Reining in the Constructive Trust’, *Sydney Law Review*, 32 (2010), 87
- Jensen, Michael C., and William H. Meckling, ‘Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure’, *Journal of Financial Economics*, 3 (1976), 305–60
- John C. Coffee, Jr., ‘THE MANDATORY/ENABLING BALANCE IN CORPORATE LAW: AN ESSAY ON THE JUDICIAL ROLE’, *Columbia Law Review*, 89 (1989), 1618–91
- Jung-Sik, Kwak, ‘A Comparative Study on the Underworld Legendary of Korea, China and Japan’, *Korean Education*, 78 (2008), 385–420
- Kull, Andrew, ‘Three Restatements of Restitution’, *WASH. & LEE L. REV.*, 68 (2011)
- Langbein, John H., ‘The Contractarian Basis of the Law of Trusts’, *The Yale Law Journal*, 105 (1995), 625–75
- Listokin, Yair, ‘What Do Corporate Default Rules and Menus Do? An Empirical Examination’, *Journal of Empirical Legal Studies*, 6 (2009), 279
- Liu, Guoqing, ‘Trust without Equity: The Commercial Nature of Chinese Trust Law’, *Trusts & Trustees*, 22 (2016), 1118–33

- Lupoi, Maurizio, 'The Civil Law Trust', *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 32 (1999), 967–88
- Macey, Jonathan R., 'COURTS AND CORPORATIONS: A COMMENT ON COFFEE', *Columbia Law Review*, 89 (1989), 1692
- Markovits, Daniel, 'Sharing Ex Ante and Sharing Ex Post: The Non-Contractual Basis of Fiduciary Relations', in *Philosophical Foundations of Fiduciary Law*, ed. by Andrew S Gold and Paul B Miller (Oxford University Press, 2014), pp. 209–24
- Matthews, Paul, 'The Words Which Are Not There: A Partial History of the Constructive Trust', in *Constructive and Resulting Trusts*, ed. by Charles Mitchell (Hart Publishing Ltd, 2009)
- Mcfarlane, Ben, 'The Centrality of Constructive and Resulting Trusts', in *Constructive and Resulting Trusts*, ed. by Charles Mitchell (Hart Publishing Ltd, 2010)
- PETTIT, PHILIP H, *EQUITY AND THE LAW OF TRUSTS* (10th ed. 2006)
- Pont, GE Dal, 'Equity's Chameleon – Unmaking the Constructive Trust', 1997, 16 *Australian Bar Review* 46
- Rauterberg, Gabriel and Talley, Eric, *CONTRACTING OUT OF THE FIDUCIARY DUTY OF LOYALTY: AN EMPIRICAL ANALYSIS OF CORPORATE OPPORTUNITY WAIVERS*, 117 *Colum. L. Rev.* 1075, 2017
- Romano, Roberta, 'Comment on Easterbrook and Fischel, "Contract and Fiduciary Duty"', *The Journal of Law & Economics*, 36 (1993), 447–51
- Salinger, Freddy, *International Factoring and Conflicts of Law*, 1 *Law & Fin. Mkt. Rev.* 7, 10 (2007)

- Schizer, David M EXECUTIVES AND HEDGING: THE FRAGILE LEGAL FOUNDATION OF INCENTIVE COMPATIBILITY, 100 Colum. L. Rev. 440, 2000
- Scott, Austin Wakeman, William Franklin Fratcher, and Mark L. Ascher, SCOTT AND ASCHER ON TRUSTS Volume 1, Fifth (ASPEN PUBLISHERS, 2006)
- , SCOTT AND ASCHER ON TRUSTS Volume 2, Fifth (ASPEN PUBLISHERS, 2006)
- Sherwin, Emily L., ‘Constructive Trusts in Bankruptcy’, University of Illinois Law Review, 1989 (1989), 297–366
- Shindler, Geoffrey, ‘Trustee Act 2000: A Practical Guide on Some Key Features’, Elder Law & Finance, 1 (2001)
- Sitkoff, Robert H., ‘An Agency Costs Theory of Trust Law’, Cornell Law Review, 89 (2004), 621
- , ‘An Economic Theory of Fiduciary Law’, in Philosophical Foundations of Fiduciary Law, ed. by Andrew S. Gold and Paul B. Miller (Oxford University Press, 2014), pp. 197–208
- , ‘The Economic Structure of Fiduciary Law’, B.U. L. Rev., 91 (2011), 1039
- , ‘Trust Law as Fiduciary Governance plus Asset Partitioning’, in The Worlds of the Trust, ed. by Lionel D. Smith (Cambridge University Press, 2013), pp. 428–53
- Smith, Henry E., Why Fiduciary Law is Equitable, in PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF FIDUCIARY LAW 261–286 (Andrew S. Gold & Paul B. Miller eds., 2014).
- Swadling, W., ‘The Fiction of the Constructive Trust’, Current Legal Problems, 64 (2011), 399–433

- , ‘The Nature of the Trust in *Rochefoucauld v Boustead*’, in *Constructive and Resulting Trusts*, ed. by Charles Mitchell (Hart Publishing Ltd, 2010)
- , ‘The Vendor–Purchaser Constructive Trust’, in *Equity in Commercial Law*, ed. by Simone Degeling and James Edelman (Thompson Legal & Regulatory Limited, 2003)
- Tamaruya, Masayuki, ‘JAPANESE LAW AND THE GLOBAL DIFFUSION OF TRUST AND FIDUCIARY LAW’, *Iowa Law Review*, 103
- ‘The FCA’s Regulatory Approach to Crowdfunding over the Internet, and the Promotion of Non-Readily Realisable Securities by Other Media’, 2014
- Tritt, Lee–ford, ‘The Limitations of an Economic Agency Cost Theory of Trust Law’, *CARDOZO LAW REVIEW*, 32 (2011), 2579–2640
- Williamson, Oliver E., ‘Calculativeness, Trust, and Economic Organization’, *The Journal of Law & Economics*, *The Journal of Law & Economics*, 36(1), 453–486, 1993
- , ‘Calculated Trust, a Reply to Craswell’s Comment on Williamson’, *The Journal of Law & Economics*, *The Journal of Law & Economics*, 36(1), 501–502, 1993
- Weiler, J H H, and Mitchel Lasser, *Anticipating Three Models of Judicial Control, Debate and Legitimacy: The European Court of Justice, the Cour de Cassation and the United States Supreme Court*, 2003
- Worthington, Sarah, ‘Fiduciary duties and proprietary remedies: Addressing the failure of equitable formulae’, 72 *Camb. Law J.* (2013).

Wright David, 'How much of a trust is a constructive trust?', *Trusts & Trustees*, Volume 18, Issue 3, 1 March 2012, pp 264–272

Zhang, Ruiqiao, 'The new role trusts play in modern financial markets: the evolution of trusts from guardian to entrepreneur and the reasons for the evolution', *Trusts & Trustees*, Volume 23, Issue 4, 1 May 2017, Pages 453–467

七戸克彦, '信託法上の信託か, 信託類似の他の法律関係か: 『信託』概念の全容と信託の成立認定', *法學研究*, 82 (2009), 711–88

仁富田, '友人らにより積み立てられた代表者名義の銀行預金については預金代表者を受託者その他の者を受託者兼受益者とする信託契約が成立し信託財産と認めることができる', *三重法経*, 148 (2016), 61–86

安藤朝規, '請負者の破産と預金債権の帰属 (最判平成 14・1・17)', in *信託法 実務判例研究*, ed. by 新井誠 (有斐閣, 2015), 4–14

柄土信太郎, 'クラウド・ファンディングにおける信託の活用について', *信託法研究*, 39, 2014, 3–23

杉浦宣彦, and 徐熙錫, '信託の成立要件をめぐる一考察—最一小判平 14・1・17 を起点として—', 2003

沖野虞己, '公共工事請負前払金と信託', in *民法学における法と政策*, ed. by 平井宜雄先生古稀記念 (有斐閣, 2007)

林凱 楊, '信託の成立要件についての再検討', *青山法学論集*, 49(4), 41–71

伊室 亜希子, '管理費を原資とするマンション管理会社名義の銀行預金債権の帰属と信託の成立', *關西大學法學論集*, 54(5), 2005, 1015–1049

——, '他人のために金銭を保管すべき者が自己名義で預金をした場合における信託成立の可能性', *關西大學法學論集*, 54(3), 2004, 474–499

杉浦宣彦, 徐熙錫, '信託の成立要件をめぐる一考察—最一小判平 14・1・17 を起点として—', *金融庁 金融研究センター*, 2003

真琴島田, ‘イギリスにおける信託制度の機能と活用’, 慶應法学, 7 (2007),
213-65

——, 国際信託の成立及び効力の準拠法 2, 慶應法学, 13, 2009, 21-81

道垣内弘人, ‘最近信託法判例批評 (8) ’, 金法, 1598 (2000)

——, ‘最近信託法判例批評(9・完)’, 金法, 1600 (2001), 81

기타 자료

‘17 년 상반기 대부업 실태조사 결과’, 금융위원회 보도자료, 서민금융과
금융감독원 핀테크지원실, 핀테크 주요 트렌드 및 시사점.

J H H WEILER & MITCHEL LASSER, ANTICIPATING THREE MODELS
OF JUDICIAL CONTROL, DEBATE AND LEGITIMACY: THE
EUROPEAN COURT OF JUSTICE, THE COUR DE CASSATION
AND THE UNITED STATES SUPREME COURT (2003).

Abstract

Research on creating a valid Trust

– It's Categories and Requirements

Her, Jun Suk
Department of Law
The Graduate School
Seoul National University

Trust falls within a category being most rigorously researched within the jurisprudence academia studying Korean legal system. Legal practice of trust in transaction in general commerce, however, would not be estimated as popular as once anticipated, to the stark contrast to robust practices in financing.

The problems of this kind can be attributed to two factors. First, the entire institution of trust has not been fully ascertained of its function and institutional significance as of yet. The Korean legal academia has not undergone a sufficient deliberation as to what characteristics and what superiority in costs and functions can be credited to trust in comparison to other legal institutions of proprietary management.

Second, but not of second significance to the first one, is that Korean legal system has sufficiently accumulated neither experience nor

expertise in the requirements that must be satisfied for a valid express trust to be created. An absence of jurisprudence of this kind forces legal entities to be reluctant, or even failing, in creating express trusts, and constrains Korean courts to be passive in finding and confirming legal entitlements which in substance are trusts. The most marked case is a controversy formed around a case frequently referred to as the Principal of Company Bond Case [Korean Supreme Court Decision 2000Da17070 delivered on July 26, 2002], which did not lead to conducive development of jurisprudential theories identifying the requirements, but only aroused uncertainties thereof. This strikes a sharp contrast to the abundance of contribution Japanese construction contract imprest case [Japanese Supreme court 1st Petty Bench decision delivered on Jan 17 2002 (Japanese Civil Case Anecdotes Vol. 56 Issue 1 Art. 20)] brought to Japanese jurisprudence academia and legal practice scene.

This dissertation begins with valid categories of trusts. Korean legal system recognizes no constructive trust imposed by court decisions without regard to settlor's intention to create a trust. Express Trust implied by fact without explicitly expressed intention, however, can be created. Two important questions subsequent to the creation of such express trust implied by fact are: (i) whether such express trust implied by fact can be credited with distinct functions or institutional significance which renders creation of such implied ones mandatory; and (ii) which tokens of legal requirements shall be called upon to substantiate such creation if the necessity of such creation should be acknowledged in any form. The two questions, of course, are inter-related with each other. The circumstance trusts are required for,

and the legal effects only found in trusts, derive from the essence of trust, while the critical threshold for the express trust implied by fact to pass is whether any given legal entitlement substantiates the essence.

Institutional significance of trusts lies in structure and situation trusts are created under. The structure of trusts, in which entrusted properties is proprietarily transferred to a trustee, dividends to a beneficiary being at discretion of a trustee, with weak capabilities of the beneficiary to supervise and monitor compliance of the trusteeship. In this regard two distinctive features of trusts, namely the Duty of Loyalty and the Separateness of the Trust Property, distinguish trusts from other legal conduits in that the former reduces agent costs, while the latter restrains monitoring and transaction costs as well as agent costs. Nonetheless, as the Separateness can be appropriated to have beneficiaries' risk shifted to a third party (usually uncovered creditors), the importance of identifying the full set of objective requirements for a valid trust cannot be emphasized more.

Perchance the most significant in identifying such requirements would be: (i) whether transfer of entrusted properties should be regarded as a substantiating requirement of a trust, and (ii) deliberation as to material aspects of a trust. With reference to the Anglo-American view on trusts we can identify these as the material aspects: Certainty of Intention to create Trust, Certainty of Subject Matter, and Certainty of Objects. In regard to the standing Korean legal regime on trust, the Certainties of Subject Matter and Object can be easily incorporated into the indigenous regime via systematic

interpretation of the standing Korean Trust Code and domestic court rulings on Korean civil law cases. The Certainty of Intention cannot also be denied as a quintessential requirement in order to identify trusts and distinguish it from other transactional conduits. Intention to create Trust, however, goes beyond any mediocre effort to concretely define and to both internally and externally perceive.

For an express trust implied by fact to be identified, an implicit intention to create a trust should be both internally externally and objectively perceivable. As aforementioned, trusts are characterized by proprietary transfer and segregation of trust property. These external features can be employed as marked insignia to infer the Intention. To be cautious hereof is a concrete details of such segregation. Though the Korean Trust Code is statutorily clarifying external or express segregation as a defense mountable by a third party, the requirements to have the Intention inferred needs to be established in much narrower sense, i.e., not only external or express segregation, but substantial segregation from trustee's own business.

The segregation is not sufficient for Certainty of Intention to be identified as this feature can also be observed in other conduits, such as bailment or agency. Therefore, another insignia are called for – namely existence of (i) Fiduciary Duty based upon fiduciary relationship, the essence as well as the intrinsic effect of trust, and (ii) Proprietary Interest of beneficiaries – in order to have such Intention confirmed.

The last to be reviewed in this dissertation is a comparison between costs, or problems, and benefits derived from creation of a trust. Most irritating among the problems, commentators have emphasized, are the risks shifted to third parties, usually uncovered creditors. The Korean Trust Code has granted statutory protection to such third parties at its Article Four in response to such concerns. In the real world the only tokens where existence of express trust implied by fact being put into a question are those cases in which the proprietary segregation is set up for replaceable or exchangeable properties, e.g., cash, and the probability such third parties be inflicted of unexpected damages in the real world shall be estimated less higher than the said comments if the aforementioned insignia of the Intention are put into practice.

Furthermore, benefits of express trust implied by fact in protecting financial consumers should not go unnoticed. In many cases a financial consumer is more probable than not to be a beneficiary in a fiduciary relationship in relatively higher needs of protection. Therefore even in absence or insufficiency of regulation due to time-delay gap between novel financial services and advent of responding regulations, a financial service deemed to have created an express trust implied by fact by satisfying its essential requirements, thereby substantiating trusteeship, can make legal room for the customers to be protected.

Keywords : (6 단어 이내) Express Trust implied by fact, Implied Trust, Constructive Trust, Requirements to create a valid trust, Valid categories of trusts, Intention to create a trust

Student Number : 2010 – 303062